

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
EXTRAORDINARIO (2021)

DERECHO Y POLÍTICA ANTE LA PANDEMIA: REACCIONES Y TRANSFORMACIONES

TOMO II

Reacciones y transformaciones en el Derecho Privado

Coordinadores:

BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ
FRANCISCO VELASCO CABALLERO



UAM

Universidad Autónoma
de Madrid

AFDUAM — ISSN: 1575-8427

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
RELACIONES CON LAS CORTES
Y MEMORIA DEMOCRÁTICA

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
EXTRAORDINARIO (2021)

DERECHO Y POLÍTICA ANTE LA PANDEMIA:
REACCIONES Y TRANSFORMACIONES

TOMO II:
REACCIONES Y TRANSFORMACIONES
EN EL DERECHO PRIVADO

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID EXTRAORDINARIO (2021)

Coedición de la Facultad de Derecho de la UAM y de la Agencia Estatal Boletín Oficial
del Estado con la colaboración del Colegio de Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

COMITÉ CIENTÍFICO

Paz Andrés Sáenz de Santa María

(Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad
de Oviedo, España).

Adela Asúa Batarrita

(Catedrática de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco, España).

Paola Bergallo

(Profesora de Filosofía del Derecho de la Universidad Torcuato di Tella, Buenos Aires, Argentina).

Esther del Campo García

(Catedrática de Ciencia Política de la Universidad Complutense, España).

Marta Cartabia

(Profesora ordinaria de Derecho constitucional de la Università degli Studi
di Milano-Bicocca, Italia).

Laura Cruz Castro

(Investigadora Científica de OPIS del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, España).

Enric Fossas Espadaler

(Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona, España).

María Paz García Rubio

(Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Santiago de Compostela, España).

Roberto Gargarella

(Profesor de Teoría Constitucional y Filosofía Política de la Universidad Torcuato di Tella;
profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, Argentina).

Thomas Legler

(Catedrático Relaciones Internacionales de la Universidad Iberoamericana,
Ciudad de México, México).

Massimo Meccarelli

(Catedrático de Historia del Derecho de la Università degli Studi di Macerata, Italia).

Jesús Mercader Uguina

(Catedrático de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Carlos III
de Madrid, España).

Niamh Moloney

(Professor of Law de la London School of Economics and Political Science, Reino Unido).

Rui Manuel Gens de Moura Ramos

(Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Coimbra, Portugal).

Amparo Navarro Faure

(Catedrática de Derecho financiero y tributario de la Universidad de Alicante, España).

Malina Nikolova Novkirishka-Stoyanova

(Catedrática de Derecho romano de la Universidad St. Kliment Ohridski de Sofía, Bulgaria).

Giuseppe Piperata

(Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad Iuav de Venecia, Italia).

Jesús Quijano González

(Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de Valladolid, España).

Miguel Rodríguez Blanco

(Catedrático de Derecho eclesiástico del Estado de la Universidad de Alcalá de Henares, España).

Macarena Vargas Pávez

(Profesora de Derecho procesal de la Universidad Diego Portales, Chile).

CONSEJO DE REDACCIÓN

Director

José María Rodríguez de Santiago
(Catedrático de Derecho Administrativo, UAM).

Vocales

Juan Damián Moreno
(Decano de la Facultad de Derecho y Catedrático de Derecho procesal, UAM).

Pilar Pérez Álvarez
(Directora del Departamento de Derecho privado, social y económico
y Profesora Titular de Derecho romano, UAM).

Mercedes Pérez Manzano
(Directora del Departamento de Derecho público y Filosofía del Derecho
y Catedrática de Derecho penal, UAM).

Susanne Gratius
(Directora del Departamento de Ciencia política y Relaciones internacionales y Profesora
contratada doctora de Ciencia política y Relaciones internacionales, UAM).

Ignacio Tirado Martí
(anterior Director del AFDUAM y Profesor titular de Derecho mercantil, UAM).

Carmen Navarro Gómez
(Profesora contratada doctora de Ciencia Política y Relaciones internacionales, UAM).

Nuria Bermejo Gutiérrez
(Profesora titular de Derecho mercantil, UAM).

Alicia González Alonso
(Profesora contratada doctora de Derecho constitucional, UAM).

María Emilia Casas Baamonde
(Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Complutense
de Madrid. Ex Presidenta del Tribunal Constitucional).

Miguel Beltrán de Felipe
(Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla – La Mancha).

Basilio Aguirre Fernández
(Director del Servicio de Estudios del CORPME).

José María Ramírez-Cárdenas Gil
(Secretario del CORPME).

Secretaría académica

M^a Julia Solla Sastre
(Profesora Contratada Doctora de Historia del Derecho y de las Instituciones, UAM).

DISTRIBUCIÓN Y VENTA

Librería del BOE
Trafalgar, 27. 28010 Madrid
libreriaboe.es

PETICIÓN DE INTERCAMBIO

julia.bruna@uam.es

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
EXTRAORDINARIO (2021)

DERECHO Y POLÍTICA ANTE LA PANDEMIA:
REACCIONES Y TRANSFORMACIONES

TOMO II:
REACCIONES Y TRANSFORMACIONES
EN EL DERECHO PRIVADO

BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ
y
FRANCISCO VELASCO CABALLERO



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Con la colaboración del Colegio Nacional
de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

MADRID, 2021



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

Acción financiada por la Comunidad de Madrid a través del Convenio Plurianual con la Universidad Autónoma de Madrid en su línea de Excelencia para el Profesorado Universitario, en el marco del V PRICIT (V Plan Regional de Investigación Científica e Innovación Tecnológica).

This work has been supported by the Madrid Government (Comunidad de Madrid-Spain) under the Multiannual Agreement with Universidad Autónoma de Madrid in the line for the Excellence of the University Teaching Staff, in the context of the V PRICIT (Regional Programme of Research and Technological Innovation).

© Coedición de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid y de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, con la colaboración del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

<http://cpage.mpr.gob.es/>

ISSN: 1575-8427

NIPO: 090-21-150-7 (Edición en papel)

090-21-151-2 (Edición en pdf)

090-21-152-8 (Edición en Epub)

Depósito Legal: M-32683-1997

Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

SUMARIO

	<u>Páginas</u>
TOMO DE DERECHO PRIVADO	
Presentación	11
PRIMERA PARTE: INSTITUCIONES DEL DERECHO PRIVADO	
ANTONIO-MANUEL MORALES MORENO, «El efecto de la pandemia en los contratos ¿Es el Derecho ordinario de contratos la solución?»	19
M. ^a ÁNGELES PARRA LUCÁN, «La cláusula <i>rebus sic stantibus</i> en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo»	25
LIS PAULA SAN MIGUEL PRADERA, «La cláusula <i>rebus sic stantibus</i> en el moderno derecho de obligaciones y contratos»	39
CARLOS GÓMEZ LIGÜERRE, «Fuerza mayor»	63
MARÍA DEL PILAR PÉREZ ÁLVAREZ, «Los límites de la responsabilidad contractual por eventos sobrevenidos en Derecho romano»	75
IÑIGO DE LA MAZA GAZMURI Y ÁLVARO VIDAL OLIVARES, «El caso fortuito en el moderno derecho de las obligaciones»	97
ANDREA MACÍA MORILLO, «Responsabilidad civil en el ámbito sanitario».....	113
SEGUNDA PARTE: DERECHO PRIVADO Y COLAPSO ECONÓMICO Y SOCIAL	
JUAN JOSÉ GANUZA, FERNANDO GÓMEZ POMAR Y ADRIÁN SEGURA MOREIRA, «Le- gislar sobre economía y contratos en tiempos de pandemia»	131
ANTONI VAQUER ALOY, «La suspensión del transcurso de los plazos de prescripción y caducidad civiles durante el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo»	147

SUMARIO

M. ^a PAZ GARCÍA RUBIO, «La COVID-19 y su impacto en las normas de contratación con consumidores».....	161
M. ^a SUSANA QUICIOS MOLINA, «COVID y arrendamientos de vivienda».....	183
M. ^a SUSANA QUICIOS MOLINA, «COVID y arrendamientos de locales de negocio»	203
RICARDO PAZOS CASTRO, «Préstamos y pandemia»	223
JOSÉ LUIS JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, «Estado de alarma. Efectos y consecuencias en el registro de la propiedad».....	239
ELENA RODRÍGUEZ PINEAU, «Leyes de policía: El impacto de la pandemia en el derecho internacional privado».....	253
NURIA BERMEJO GUTIÉRREZ, «¿Un Derecho concursal de emergencia para hacer frente a una pandemia concursal?».....	269
MARTA FLORES SEGURA, «El Derecho concursal de emergencia como herramienta para la conservación de tejido empresarial»	297
AURORA CAMPINS VARGAS, «Disolución de sociedades y pandemia. Especial referencia a la disolución y responsabilidad de los administradores por pérdidas cualificadas».....	313
JESÚS LAHERA FORTEZA, «Los ERTES en y tras la pandemia»	329
YOLANDA VALDEOLIVAS GARCÍA, «Desempleo y protección social en pandemia (y pospandemia)».....	341
TERCERA PARTE: IMPACTO DE LAS TECNOLOGÍAS EN EL DERECHO PRIVADO	
JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA, «Juntas telemáticas de las sociedades cotizadas»	367
FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI, «¿Han venido para quedarse las vistas telemáticas?».....	383
TERESA RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «Las plataformas: nuevos actores (y reguladores) de la actividad económica»	403
GEMMA MINERO ALEJANDRE, «El tratamiento de datos personales durante la pandemia por COVID-19. Algunas reflexiones y lecciones aprendidas»	419

PRESENTACIÓN

La pandemia debida al COVID-19 será recordada en los libros de historia como otra de las grandes crisis que, cíclicamente, sacuden a la humanidad. El Derecho no ha sido ajeno a esta sacudida. Por un lado, el «legislador de emergencia» ha adoptado medidas específicas que han afectado a múltiples sectores del ordenamiento. De otro lado, los jueces y tribunales han tenido que dar respuesta a litigios por completo nuevos, apenas esbozados en las leyes vigentes hasta hoy. Por fin, algunos de los elementos más estables del Derecho (conceptos, instituciones) han sido «puestos a prueba» en este excepcional contexto, llegando a estirarse, en algunos casos, hasta límites insospechados.

Prácticamente desde el inicio de la pandemia los investigadores no han dudado en poner sus conocimientos al servicio de la sociedad. En el caso de la investigación jurídica, este servicio se ha plasmado en un largo repertorio de *webinars*, blogs o números especiales de revistas, dedicados a esta coyuntura tan extraordinaria. Las propias circunstancias de emergencia son las que han llevado a unos estudios, también, de emergencia. Un apresuramiento justificado, sin duda, por la necesidad acuciante de solucionar los problemas que esta crisis ha puesto bajo el flexo del investigador.

Pero, transcurrido más de un año desde que nos arrolló el virus, hemos considerado que era el momento de pulsar el botón de pausa. De dar espacio y tiempo a una reflexión más sosegada. De preguntarse si hay que repensar las medidas para una potencial futura crisis similar (¿cuál ha sido y cuál debe ser la reacción del Derecho ante la pandemia?). De plantearse si los elementos estructurales del Derecho han sido irremediabilmente sacudidos y si, de la mano de una nueva normalidad, ha llegado también un nuevo Derecho (¿se ha producido una transformación del Derecho tras la pandemia?).

Creemos que se abre una nueva etapa en la investigación jurídica ligada a la pandemia. La presente propuesta trata, si no de inaugurarla, sí de impulsarla. Contamos para ello con un nutrido grupo de prestigiosos académicos que ofrecerán una investigación rigurosa, meditada y reflexiva en las diversas materias que, a nuestro juicio, la reclaman.

A la vista de la ya larga experiencia del Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM, que cada año dedica atención monográfica y pluridisciplinar a alguna cuestión central del Derecho y la Ciencia Política, desde el principio pensamos que esta obra debía ser un número extraordinario del Anuario. Así se lo propusimos a su consejo de redacción, que con mucha agilidad aprobó el proyecto. Eso explica que, como todos los números del Anuario, también este se edite con el Boletín Oficial del Estado y con la participación del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Además, gracias a la inestimable colaboración de nuestra compañera Lucía López de Castro, esta iniciativa ha contado también con la ayuda financiera de la Comunidad de Madrid, a través del Convenio Plurianual con la Universidad Autónoma de Madrid, en su línea de Excelencia para el Profesorado Universitario, en el marco del V PRICIT (V Plan Regional de Investigación Científica e Innovación Tecnológica).

La obra general que ahora se presenta, de la que el presente tomo es solo una parte, es ambiciosa y, a la vez, comedida. Es una obra ambiciosa porque su objetivo es ofrecer una visión global del Derecho –tanto público como privado– y de la Ciencia Política en tiempos de pandemia y tras la pandemia. La obra se divide, por ello, en 3 tomos: Derecho Público, Derecho Privado y Ciencia Política. Es también una obra comedida, porque los estudios son breves: muy centrados, densos en análisis y en construcción teórica, más que en datos.

En lo que hace a los dos tomos jurídicos, partimos de un concreto planteamiento metodológico: queremos, en primer lugar, analizar los cambios normativos (o las resoluciones judiciales que ya se van produciendo) a la luz de los elementos más estables del Derecho (instituciones, conceptos jurídicos). Y queremos también, en segundo lugar, analizar cómo han quedado afectadas esas estructuras más estables del Derecho a partir de la pandemia.

El presente tomo, dedicado al Derecho privado, agrupa los estudios en 3 partes. La primera parte se dedica a las instituciones del Derecho privado, cuya adecuada caracterización será clave para la resolución de los litigios venideros: en esta parte ocupa un lugar privilegiado la cláusula *rebus sic stantibus*, seguida de la fuerza mayor o caso fortuito y de la responsabilidad civil en el ámbito sanitario. Destaca, a propósito de las dos primeras instituciones mencionadas, la posibilidad que se le ofrece al lector de apreciar su completa evolución, desde sus orígenes en el Derecho romano, hasta los modernos textos de *soft law*.

La segunda parte analiza las herramientas con las que cuenta el Derecho privado para tratar de contener el colapso económico y social al que pueden conducir medidas dirigidas a la protección de la salud. Esta parte, encabezada por tres estudios de carácter más general, comprende varios estudios específicos correspondientes a diversos sectores del Derecho privado: el Derecho de la contratación (de consumo, pero no solo), el Derecho concursal, el Derecho de sociedades y el Derecho del trabajo y de la Seguridad Social.

El tomo se cierra con una tercera parte centrada en el impacto de la tecnología en varios segmentos del Derecho privado: desde el Derecho de sociedades, hasta la protección de datos, pasando por la contratación y los principios y garantías procesales.

No es cometido de la presentación de una obra colectiva hacer una reseña individualizada de todos y cada uno de los trabajos que la componen. Pero sí queremos compartir con el lector que se dispone a adentrarse en sus páginas unas reflexiones suscitadas por el privilegio del que disfrutamos como directores de la obra: la lectura en primicia de los estudios incluidos en ella. Las reflexiones que sucintamente expondremos en las líneas que siguen parten de las dos preguntas a las que trata de responder el presente tomo: ¿cuál debe ser el Derecho privado en una situación de pandemia (o asimilable a una pandemia)? ¿Cómo ha quedado afectado el Derecho privado tras la pandemia del COVID-19?

En relación con la primera de las preguntas planteadas, deseamos llamar la atención sobre una idea que recorre varios de los estudios y que bien podría enunciarse como una verdadera tesis mayoritaria entre los *ius* privatistas: los instrumentos jurídicos ordinarios del Derecho privado no son adecuados para dar solución a las graves situaciones, económicas y personales, que la pandemia ha provocado. Ilustraremos esta tesis con algunos ejemplos concretos extraídos de los trabajos que componen este tomo.

En el ámbito del Derecho de contratos, es sabido que las medidas adoptadas para contener los efectos de la pandemia han impactado de manera sistémica en los contratos, provocando de manera masiva incumplimientos y problemas de liquidez. Tanto Morales Moreno, como San Miguel Pradera y Gómez Ligüerre afirman en sus respectivos trabajos, a propósito de las instituciones de Derecho contractual que en ellos estudian, que no es en los instrumentos jurídicos del Derecho ordinario de contratos donde cabe encontrar las soluciones excepcionales que reclama una situación como la provocada por la pandemia, también excepcional. En ocasiones, ello se debe a que el problema que necesitamos resolver no encaja en el supuesto de hecho de la figura jurídica general; en otras, a que, si bien dicho encaje se produce, la consecuencia jurídica asociada a ella no es satisfactoria.

Por su parte, Macía Morillo parece también sostener que difícilmente podrá servir la institución de la responsabilidad civil extracontractual para paliar la rabia y frustración que han sufrido las víctimas de los daños sufridos en el ámbito sanitario tras haber contraído el COVID-19.

Muy ilustrativo es también el ejemplo que nos brinda el Derecho concursal, que, tal y como Bermejo Gutiérrez pone de manifiesto en su estudio, no es el instrumento adecuado para hacer frente a una crisis exógena y sistémica como la que ha provocado la pandemia, que ha arrastrado a numerosas empresas a la insolvencia.

Cabe, pues, afirmar que hay una llamada generalizada al legislador para que se ponga manos a la obra y para que lo haga ya. Para que cuando llegue la próxima crisis de un calado asimilable a la provocada por la pandemia (¿climática, quizás?) exista una legislación tramitada de manera sosegada y reflexionada. Para ello, el legislador necesitará saber, al menos, dos cosas de antemano: (1) qué tipos de problemas jurídicos van a surgir; y (2) cuáles son los puntos mejorables de la legislación que ha tenido que aprobarse (en esta ocasión) de emergencia. Pues bien, esta obra ofrece herramientas de gran utilidad en ambos ámbitos. Y así, por un lado, encontramos en ella trabajos que desmenuzan los problemas jurídicos que ha provocado la pandemia y que previsiblemente surgirían en una situación futura similar (en especial, véase el estudio de Ganuza, Gómez Pomar y Segura Moreiras). Por otro lado, el lector encontrará también estudios que analizan aspectos específicos de la regulación aprobada de emergencia, que podrían ser claramente mejorados en una redacción reflexiva y alejada del calor de los acontecimientos. A este propósito, cabe citar el trabajo de Pazos Castro, que ofrece interesantes reflexiones sobre las medidas asociadas a los préstamos; el estudio de Flores Segura, relativo a las soluciones pre-concursales, de suma importancia para preservar el tejido empresarial; el capítulo elaborado por Campins Vargas, centrado en la legislación de emergencia dictada en el ámbito de la disolución de las sociedades mercantiles, que afecta a temas tan cruciales del régimen de los administradores sociales, como el cumplimiento de sus deberes y su responsabilidad; y el trabajo de Minero Alejandro, relativo al delicado equilibrio que esta pandemia ha planteado entre el interés general de la salud pública y el derecho fundamental a la protección de datos.

¿Cómo ha quedado el Derecho privado tras la pandemia? En otras palabras, ¿cuáles han sido las «secuelas» que ha dejado la pandemia en el Derecho privado? A nuestro modo de ver, el Derecho privado ha quedado afectado, al menos, desde tres puntos de vista.

En primer lugar, desde el punto de vista de la redacción de los contratos: así, a título de ejemplo, es más que probable que, a partir de ahora, las partes incorporen una expresa distribución de riesgos para situaciones asimilables a la pandemia.

La pandemia ha provocado, igualmente, la necesidad de dictar una legislación (pública y privada) ajustada al escenario post-pandémico: baste citar aquí las medidas de protección social que, como explica Valdeolivas García, están dirigidas a contener la destrucción de empresas y empleo.

En fin, y esto es, a nuestro modo de ver, uno de los resultados más significativos del presente tomo, la pandemia ha impactado en las estructuras del Derecho privado, aunque dicho impacto no ha sido siempre el mismo en todos los ámbitos. Y así, en algunos casos, la pandemia ha acelerado procesos de transición que ya estaban en marcha, dando el impulso definitivo a cambios que ya reclamaba nuestro ordenamiento jurídico. En otros casos, ha puesto de manifiesto la necesidad de cambiar estructuras del Derecho privado, de abordar modificaciones que la doctrina venía reclamando en escenario pre-pandémico y que ahora vuelve a exigir a nuestro legislador. Los trabajos de esta obra colectiva nos ofrecen ejemplos de uno y otro tipo de casos.

El Derecho del trabajo es un claro ejemplo de lo primero. Y así, Lahera pone de manifiesto que la experiencia de los ERTES en la pandemia va a terminar consolidando un nuevo modelo estructural de esta herramienta de flexibilidad laboral interna.

En el Derecho de sociedades, destaca la incorporación del art. 182 bis de la Ley de Sociedades de Capital, que abre la posibilidad de celebrar juntas generales telemáticas a todas las sociedades de capital que así lo prevean en sus estatutos y que analiza García de Enterría.

Son ya una realidad en el Derecho procesal las vistas telemáticas cuya utilización, como pone de manifiesto Gascón Inchausti, si bien impulsa la eficiencia de la justicia civil, puede encerrar peligros nada desdeñables, relacionados con el derecho a la tutela judicial efectiva.

Destaca también a este propósito el proceso de orientación de la normativa hacia la economía de plataformas, estudiado por Rodríguez de las Heras Ballell, quien apunta las dos cuestiones clave que deben resolverse: la identidad de las plataformas (¿es suficiente la calificación de servicios de intermediación?) y su responsabilidad, no en el sentido técnico civil (*liability*) sino de responsabilidad social (*responsability*) hacia los usuarios y la sociedad en la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos.

Decíamos que las estructuras del Derecho privado han quedado en ocasiones impactadas por la pandemia, no porque se hayan llegado a modificar, sino porque la situación ha puesto dramáticamente al legislador entre las cuerdas.

Comenzaremos por la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, que la doctrina civilista viene reclamando desde hace lustros ante una regulación del Código civil, todavía anquilosada en los problemas de la sociedad decimonónica: su adaptación a las exigencias de nuestros días es, a raíz de la crisis de la COVID-19, probablemente más urgente que nunca. Lamentablemente, es poco probable que nuestro legislador aborde, de una vez por todas, esta reforma global, pero sí parece que esté dispuesto a poner algún parche, presionado por las voces que reclaman la introducción de una regulación de la cláusula *rebus sic stantibus* en nuestro Código Civil. A este respecto, Gómez Ligüerre considera necesario

coordinar esta nueva regulación con la contenida en el art. 1105 CC (caso fortuito) deslindando adecuadamente ambas figuras. Cabe preguntarse, además, qué hará nuestro Tribunal Supremo cuando, previsiblemente, lleguen a él los casos que actualmente se están resolviendo en los juzgados, que conceden medidas cautelares al albur de una probable aplicación de la *rebus sic stantibus* (decisiones, estas, que explica Quicios Molina en su trabajo sobre los arrendamientos de local de negocio). Y la pregunta es procedente porque, como demuestra claramente el estudio jurisprudencial de la Magistrada Parra Lucán, tras el paréntesis de las conocidas sentencias de 2014, el Alto Tribunal no ha aplicado la *rebus sic stantibus* en ninguna de las 11 ocasiones en que se ha invocado.

En otro orden de cosas, Vaquer Aloy apunta que la pandemia debería estimular al legislador estatal para acometer la modernización del régimen de la prescripción en la estela del *soft law* europeo.

Y de un nuevo Derecho de los consumidores habla García Rubio, quien considera que la pandemia ha representado la oportunidad de replantearse la relación de consumo y abordarla, no como una relación única y homogénea, sino como una suerte de distintas relaciones tanto desde un punto de vista subjetivo (según la mayor o menor vulnerabilidad del consumidor, pero también del empresario) como desde un punto de vista objetivo (teniendo en cuenta el carácter esencial o no del bien o servicio objeto del contrato).

En fin, en el ámbito del Derecho internacional privado, Rodríguez Pineau reflexiona sobre si el recurso generalizado a las leyes de policía por parte de los ordenamientos estatales para responder al escenario de la COVID-19 es un punto de inflexión que llevará a un cambio de paradigma, en el que el Derecho internacional privado deberá responder a otras necesidades del tráfico jurídico transfronterizo.

Confiamos en que esta obra vea la luz en un tiempo en el que la sociedad ya no viva atenazada por el virus. Por eso, su previsible utilidad no estará tanto en ofrecer soluciones frente a la pandemia como en ayudar a entender la respuesta del Derecho y el Estado a más de un año de conmociones sucesivas; y en identificar cuáles de esas respuestas ya no desaparecerán de nuestro Derecho cuando toda haya pasado.

Madrid, a 9 de junio de 2021

BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ
FRANCISCO VELASCO CABALLERO

**PRIMERA PARTE:
INSTITUCIONES DEL DERECHO PRIVADO**

EL EFECTO DE LA PANDEMIA EN LOS CONTRATOS ¿ES EL DERECHO ORDINARIO DE CONTRATOS LA SOLUCIÓN?*

Antonio-Manuel MORALES MORENO**

I. PROPÓSITO

Nos hallamos ante una de las grandes crisis que le ha tocado vivir a la humanidad a lo largo de su historia. Esta crisis también está provocando problemas en el ámbito de la contratación. Creo que es importante plantearse si, ante esta situación, son adecuados los instrumentos jurídicos ordinarios del derecho de contratos. En las líneas que siguen trataré de demostrar que no, porque están fundados en criterios de justicia conmutativa y, en las circunstancias actuales, hace falta aplicar a los contratos soluciones excepcionales inspiradas en criterios de justicia distributiva. Defenderé, además, que estos criterios los debe concretar el legislador, ponderando adecuadamente todos los intereses en juego.

II. DOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE DERECHO PRIVADO: LA FUERZA MAYOR Y LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

El derecho de contratos cuenta con dos instrumentos jurídicos que, a primera vista, podrían considerarse oportunos en la situación actual. Son, la cláusula *rebus sic stantibus* y la *fuerza mayor*.

La *fuerza mayor* nos sitúa ante el impacto sobre el cumplimiento del contrato de sucesos que no pueden ser controlados por el deudor. Permite repartir ese riesgo extraordinario en la ejecución del contrato.

La cláusula *rebus sic stantibus* trata de resolver los problemas que sobre la vida del contrato provoca una grave alteración sobrevenida de las circunstancias, impre-

* El presente trabajo se corresponde con el publicado como Editorial en el fascículo II del Anuario de Derecho Civil del año 2020.

** Catedrático emérito de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid.

visible en el momento de contratar, que provoca una ruptura del equilibrio contractual inicialmente pactado.

Creo que ninguno de estos instrumentos, aplicados con el debido rigor, sirve para lo que exige esta situación, que es distribuir adecuadamente el impacto extraordinario de la pandemia en el conjunto de la sociedad, a través del entramado de relaciones contractuales existentes en ella. Las medidas que hay que adoptar van más allá de la consideración de cada contrato y deben estar inspiradas en principios de justicia distributiva, dentro del orden constitucional. Nada de esto se consigue mediante los resultados que puede proporcionarnos la aplicación de la fuerza mayor o la cláusula *rebus*, como podemos comprobar.

1. LA FUERZA MAYOR EN SU PROYECCIÓN SOBRE EL CONTRATO

La fuerza mayor es un concepto antiguo, acuñado en el Derecho romano. Describe una situación no habitual, calamitosa como la actual, que puede incidir sobre la ejecución de un contrato.

El concepto de fuerza mayor (como el concepto próximo de caso fortuito, que en ocasiones se considera equivalente), está conectado al incumplimiento de un contrato. Lo justifica en la medida en que el impedimento que lo provoca no puede ser controlado por el deudor. Consecuentemente, la fuerza mayor excluye normalmente la responsabilidad contractual (el deber de indemnizar). Algo conveniente en las actuales circunstancias.

Pero la fuerza mayor tiene limitaciones en la situación actual. Por un lado, no impide la aplicación de otros efectos del incumplimiento del contrato que podrían dar lugar a consecuencias nada deseables en estos momentos. Por otro, no es aplicable a muchas de las situaciones creadas por la pandemia que reclaman una solución.

Así, la fuerza mayor no impide, por ejemplo, la resolución por incumplimiento del contrato, que en el Derecho actual no se basa en la culpa del deudor. La resolución de los contratos (máxime si se produce en cadena) provocaría en estos momentos consecuencias muy adversas, tanto de orden personal (y familiar), como económico. Privaría al sistema económico del entramado de contratos sobre los que el mismo se desenvuelve, cuya conservación facilitará la futura reactivación de la actividad económica. La resolución, por sus efectos, también daría lugar a restituciones en cadena de cantidades anticipadas (reservas), que podrían comprometer la liquidez de los obligados a ellas.

En definitiva, la resolución del contrato por incumplimiento, medida de estricta justicia conmutativa diseñada para situaciones ordinarias, es inadecuada en las actuales circunstancias en las que hay que preservar la supervivencia de los contratos. El legislador debe, por tanto, contribuir a evitarla.

La otra limitación de la fuerza mayor proviene de que la exoneración del incumplimiento que tiene su causa en ella es difícil de aplicar a las obligaciones pecuniarias. En ellas, el cumplimiento rara vez se puede considerar, en sí mismo, imposible. Por lo que el problema se sitúa en la incapacidad económica del deudor para cumplir, por falta de liquidez o solvencia. Problema que, ordinariamente, tiene su tratamiento en el Derecho concursal.

2. LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

La cláusula *rebus sic stantibus* (incluyendo en ella la alteración sobrevenida de la base del negocio) es otro instrumento del derecho de contratos cuya oportunidad, en las actuales circunstancias, es más que dudosa.

Dejando a un lado las dudas que su reconocimiento haya podido suscitar en otras épocas (también en el Derecho español, reflejadas en el ir y venir de las decisiones de la jurisprudencia), la cláusula *rebus* es objeto de regulación en el moderno derecho de contratos, y, con diversos nombres, la encontramos suficientemente perfilada.

En situaciones distintas de la actual, en la que el cambio afecta a casi todo el tejido contractual, la cláusula *rebus* puede ser un instrumento jurídico adecuado para repartir entre los contratantes el riesgo de una alteración sobrevenida de las circunstancias sobre las que el negocio se fundamenta; grave, extraordinaria e imprevisible en el momento de contratar. Pero en la situación actual, en la que la alteración es sistémica y de una magnitud desorbitada, la cláusula *rebus* no aporta soluciones de utilidad. Primero, porque está inspirada en criterios de justicia conmutativa (está pensada para cada contrato y no para el conjunto del tejido contractual). Segundo, porque su aplicación es lenta, costosa y puede provocar una gran diversidad de soluciones (según la apreciación de cada juez).

Podemos verificarlo utilizando el modelo de la *rebus* actual, diseñado a partir del derecho comparado, el europeo y la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación.

A. El supuesto de aplicación de la *rebus*

Sin duda el cambio de circunstancias del momento presente cumple los requisitos de imprevisibilidad y gravedad de la *rebus*. Pero esto no agota todas las exigencias de su supuesto de aplicación.

El supuesto de aplicación propio de la *rebus* (sin perjuicio de que se hayan podido hacer otras utilidades de esta) es la alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato, establecido al celebrarlo (la alteración de la base del negocio o de las presuposiciones). No es, en cambio, la alteración de la capacidad económica o de la liquidez del contratante para cumplir o su vulnerabilidad. La corrección de esta importante consecuencia de la crisis provocada por la pandemia queda, por tanto, fuera del ámbito de aplicación de la *rebus*, a pesar de su importancia. En resumidas cuentas, la *rebus* (aplicada con rigor jurídico) no sirve para resolver todos los problemas que plantea en los contratos la alteración provocada por la pandemia.

B. La *rebus* no justifica la suspensión del cumplimiento del contrato

En la aplicación de la *rebus*, la alteración sobrevenida de las circunstancias no justifica necesariamente, por sí misma, la paralización del cumplimiento del contrato. Esta solo podrá quedar justificada, posteriormente, si las partes lo acuerdan, si el juez así lo establece (en el caso de que le otorguemos un poder de intervenir en

el contrato) o si se retrotrae la resolución que pueda decretar el juez. O puede encontrar justificación, fuera de la *rebus*, en los límites a la pretensión de cumplimiento, –ámbito propicio a la utilización de conceptos jurídicos indeterminados–, que exigen concreción judicial.

Hay, en la *rebus*, una zona oscura entre el momento en que sobreviene el cambio y el momento en el que se transforma la situación jurídica. De modo que, en el momento más crítico de la pandemia, no estaría justificada la suspensión del cumplimiento de la obligación por la parte afectada. Porque el contratante sigue obligado a cumplir el contrato hasta que culmine el procedimiento que abre la invocación de la cláusula.

Esta es otra de las razones que hacen que sea inadecuada la *rebus* en las actuales circunstancias.

C. La renegociación del contrato como solución prioritaria

El modelo de la *rebus* que estoy considerando establece, como solución prioritaria, la renegociación del contrato entre las partes. E, incluso, en alguna regulación de la misma, se fuerza esa negociación, conforme a la buena fe. De modo que, posteriormente, si no se alcanza el acuerdo, se permite al juez revisar la conducta de los contratantes y establecer la responsabilidad del que ha impedido el acuerdo.

Es, ciertamente, deseable que las partes lleguen a un acuerdo renegociado libremente. Y hasta podemos imaginar que, si todos los contratos vigentes, afectados por la alteración de las circunstancias, fueran satisfactoriamente renegociados, en condiciones razonables (suponiendo en las partes el mismo poder de negociación), el resultado sería «ideal». Los contratos renegociados reflejarían la valoración que hacen los contratantes de la nueva situación. Pero una cosa es tomar en cuenta los acuerdos que puedan alcanzar las partes, en cada caso, y otra distinta imponer la negociación para alcanzar acuerdos. Imponer la negociación crea dilaciones, permite al contratante no afectado por el cambio de circunstancias operar con una estrategia oportunista. Prolonga la situación de incertidumbre. Tiene el riesgo de la asimetría en el poder de negociación, lo que no siempre garantiza la corrección del resultado alcanzado.

Y si imponer la renegociación tiene estos inconvenientes, es aún menos oportuno, en las actuales circunstancias, hacer entrar al juez, tras el fracaso, en la valoración de las conductas de los contratantes para decretar una posible indemnización. Esto implicaría una sobrecarga de esfuerzo para los tribunales.

D. La intervención judicial y sus resultados

El fracaso de la renegociación del contrato deja abierta la puerta a la intervención judicial, a instancia de la parte afectada por la alteración de las circunstancias. Aunque pueden existir variantes en la concreción de la cláusula hay, no obstante, directrices coincidentes.

El papel del juez puede ser, bien adaptar el contrato bajo ciertas pautas para restablecer el equilibrio (dictar un contrato modificado) o bien declararlo resuelto (determinando el momento al que se retrotraen los efectos de la resolución por él decretada). Puede ser también, imponer las sanciones a las que antes me he referi-

do, al contratante que con su conducta contraria a la buena fe ha impedido alcanzar el acuerdo renegociador.

Ninguna de estas soluciones parece adecuada en estos momentos.

A los indeseables efectos de la resolución ya me he referido anteriormente. También me he mostrado contrario a hacer entrar al juez en la valoración de las conductas de los contratantes para decretar una posible indemnización. Solo me queda referirme a la adaptación judicial del contrato.

La adaptación judicial del contrato siempre puede suscitar recelos, porque otorga el poder de redactar el contrato y no simplemente el de impedir la aplicación de determinadas cláusulas. Pero, al margen de esto, creo que es una vía inadecuada para resolver los problemas que provoca en un buen número de contratos la crisis actual por otras razones: porque, por su lentitud (lentitud del proceso, ausencia de medios, avalancha de reclamaciones) no permite dar respuesta inmediata a la situación actual; porque es costosa (debido a la sobrecarga de esfuerzo de los tribunales que implicaría generalizar esta solución); porque, además, no garantiza que los criterios aplicados sean uniformes. Es una medida que no permite asignar, bajo criterios uniformes de justicia distributiva los riesgos contractuales de la pandemia. Esto debe hacerlo el legislador.

III. BREVE REFERENCIA A LA BUENA FE

La buena fe es el alma de los contratos. Pero, así como permite excluir la validez de las cláusulas de un contrato, no debe permitir, en cambio, por sí sola, que el juez pueda reescribir el contrato. Salvo que una norma le encomiende esa tarea, bajo pautas precisas.

La buena fe (como la *exceptio doli*) es, también, un límite excepcional al ejercicio de los derechos, presente en la doctrina del abuso del derecho. Pero el uso generalizado de ese límite por los contratantes afectados por la actual situación no es un instrumento adecuado para distribuir el riesgo de esta pandemia.

IV. APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ART. 1575 CC

En el CC encontramos una norma que, de modo concreto, prevé los efectos de eventos extraordinarios sobre el contrato de arrendamiento de un predio rústico. Es el artículo 1575 CC, que califica a la peste de caso fortuito extraordinario (fuerza mayor), junto con otras situaciones de extrema gravedad (el incendio, la guerra, la inundación insólita, la langosta, el terremoto). Y en el caso de que provoque una pérdida de las cosechas superior al cincuenta por ciento da derecho al arrendatario a pedir una reducción de la renta.

¿Ofrece el artículo 1575 CC una solución? Creo que no. Además del problema de su vigencia y de la discusión que genere la aplicación analógica de este artículo, a falta de acuerdo entre los contratantes, su utilización conduce de nuevo a la vía judicial, inadecuada en el momento actual por las razones que antes he dicho.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

En estos momentos, en relación con los contratos vivos, creo que es el legislador quien debe adoptar las medidas necesarias para distribuir los riesgos de esta pandemia y mitigar sus efectos desastrosos. Debe hacerlo con criterios de justicia distributiva, respetando los principios constitucionales sobre los que se asienta la contratación. La actuación del legislador debe estar orientada por dos principios: la conservación de los contratos y la protección de la parte vulnerable. La conservación del «conjunto del entramado contractual» (utilizando la expresión de Fernando Gómez Pomar) es la base del mantenimiento del sistema productivo y facilitará la salida de la crisis actual. Definir la vulnerabilidad económica de un contratante es más tarea del legislador que de la apreciación de cada juez.

Sabemos que el legislador español está actuando, tomando en cuenta la diversidad de situaciones e intereses afectados y aplicando diferentes medidas (aplazamiento de pagos sin devengo de intereses, suspensión de ejecuciones o lanzamientos, etc.). La valoración de estas medidas es una tarea que va más allá de lo que pretendo con estas breves reflexiones.

LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

M.^a Ángeles PARRA LUCÁN*

Resumen

No existe una doctrina jurisprudencial que consagre la facultad judicial de revisar el contenido de un contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias. Salvo en dos decisiones puntuales dictadas en 2014, que no han tenido continuidad en la jurisprudencia, la Sala Primera es cautelosa en la aplicación de la cláusula rebus. En ausencia de una regulación expresa, las pretensiones de modificación o extinción de un contrato se abordan en cada caso mediante las reglas de interpretación del contrato (el papel de la buena fe y la asignación de riesgo a una de las partes), la regulación de los vicios del consentimiento (la irrelevancia de los motivos individuales y el valor de las presuposiciones comunes), la influencia de la causa en la vida del contrato, la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento y los remedios frente al incumplimiento.

Palabras clave

Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de España, rebus.

Abstract

There is no jurisprudential doctrine that establishes the judicial power to review the content of a contract due to a sudden alteration of circumstances. Except for two specific decisions issued in 2014, which have not had continuity in the jurisprudence, the First Chamber is cautious in the application of the rebus clause. In the absence of an express regulation, the claims to modify or terminate a contract are addressed in each case through the rules of contract interpretation (the role of good faith and the allocation of risk to one of the parties), the regulation of the vices of consent (the irrelevance of individual motives and

* Magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Catedrática de Derecho Civil. orcid.org/0000-0002-9704-9948. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-108844RB-I00 y del Grupo de investigación de referencia de la Universidad de Zaragoza DE IURE, S26_17R.

the value of common presuppositions), the influence of the cause on the life of the contract, the supervening impossibility of performance and the remedies for non-performance.

Keywords

Case law of the First Chamber of the Supreme Court, hardship, impracticability.

SUMARIO: I. Aplicación jurisprudencial de la *rebus*. II. La «doctrina jurisprudencial tradicional». III. Las sentencias de 30 de junio y 15 de octubre de 2014. IV. Aplicación jurisprudencial de la *rebus* durante los años 2015 a 2020.

I. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA *REBUS*

La ausencia en el Código civil de un precepto que autorice al juez a modificar o extinguir un contrato cuando sobreviene un cambio de circunstancias que las partes no pudieron tomar en cuenta en el momento de contratar explica que la jurisprudencia, para resolver en cada caso los conflictos que se suscitan entre las partes, haya debido buscar la solución en la interpretación de las normas y los principios generales del derecho de obligaciones y contratos.

La falta de regulación explica también por qué las respuestas de los tribunales no se han basado siempre en el mismo fundamento ni se han construido con apoyo en la misma teoría, pues las sentencias están en cada caso en función de las pretensiones ejercitadas por las partes, la fundamentación que invocan en sus escritos, la naturaleza del contrato en el que se suscita la controversia y el concreto acontecimiento que, según una de las partes, justificaría la modificación o extinción que solicita.

II. LA «DOCTRINA JURISPRUDENCIAL TRADICIONAL»

En la década de los años cuarenta del siglo veinte, en una situación de inestabilidad económica, el Tribunal Supremo mantuvo una postura de interpretación restrictiva y excepcional, negando en varias ocasiones que los acontecimientos que se invocaban para resolver o modificar un contrato fueran imprevisibles (1).

(1) En las exposiciones doctrinales sobre la materia es frecuente la cita de una serie de sentencias de la Sala Primera en las que se rechaza la aplicación de la cláusula. Así, la sentencia de 14 de diciembre de 1940 (Altos Hornos de Vizcaya y propietarios de una mina, vicisitudes de la guerra civil), considera que «la alteración de precios por circunstancias más o menos transitorias no ha llegado a

La sentencia de 17 de mayo de 1957 recogerá lo que se ha venido calificando como «doctrina jurisprudencia tradicional». La sentencia declara: «A) que la cláusula *rebus sic stantibus* no está legalmente reconocida; B) que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de ser elaborada y admitida por los Tribunales; C) que es cláusula peligrosa, y, en su caso, debe admitirse cautelosamente; D) que su admisión requiere como premisas fundamentales: a) una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello, acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprescindibles; y E) en cuanto a sus efectos, hasta el presente le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato, otorgándole solamente los modificativos del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones u obligaciones». La sentencia de 6 de junio de 1959 precisará, además, de acuerdo con la doctrina de los autores, que es preciso «el requisito esencial de que las partes no hubieran concertado algún otro remedio con el que pudieran salvar la excesiva onerosidad, o atenuar el perjuicio».

La aplicación de esta doctrina se ha venido manteniendo de manera continuada a lo largo de los años.

El análisis de la jurisprudencia sobre esta materia exige que se preste atención tanto a aquellas sentencias en las que se alude expresamente a la cláusula *rebus* como a aquellas en las que se habla de «la base del negocio», o de la «la frustración del fin del contrato», que son fundamentos de la construcción doctrinal de la *rebus*, pero que en la jurisprudencia española se dirigen a precisar si ha habido un incumplimiento suficientemente grave como para determinar la resolución del contrato ex artículo 1124 del Código civil (2). También en los casos en los que se analiza si ha habido imposibilidad sobrevenida fortuita, que da lugar a la resolución contractual, y que se aplica igualmente en supuestos en los que no puede tener lugar ya el propósito negocial compartido por las partes (3).

En otras ocasiones, lo que se suscita es cuestión de interpretación del contrato, porque procede determinar si se trata de un riesgo que ha sido asumido, aunque sea

dimensiones excepcionales que pueda considerarse desaparecida la base del negocio, no cae dentro de lo totalmente imprevisible». La sentencia de 17 de mayo de 1941 (Ferrocarriles Langreo-Duro Felguera) considera que la elevación de las tarifas ferroviarias no es un hecho imprevisible. La sentencia de 5 de junio de 1945 (contrato de arrendamiento con opción de compra celebrado en 1929 en el que arrendatario pretende ejercer la opción en 1941, a lo que se oponen los propietarios arrendadores, argumentando sobre el mayor valor experimentado por la finca) declara un principio de prudencia y la necesidad de estabilidad de las convenciones y, en este contexto, considera la aplicación de la *rebus* un «ataque a la estabilidad de las convenciones».

(2) Sentencias 864/2013, de 5 noviembre, 266/2013, de 3 mayo, y 456/2011, de 14 de junio.

(3) Sentencias 972/2006, de 9 de octubre, compraventa de local procedente de la división de un piso que no puede llevarse a cabo por declaración judicial de nulidad de la cláusula estatutaria que la permitía sin autorización de la comunidad de propietarios; 1037/2003, de 11 de noviembre, anulación de planeamiento que impide ejecutar la urbanización proyectada; 514/2010, de 21 de julio, vinculación de contrato de sociedad a otro previo de opción de compra de fincas pendientes de recalificación urbanística: la frustración de la calificación propuesta conlleva la desaparición sobrevenida de la causa o razón determinante del contrato.

implícitamente, por una parte, de modo que no procederá adoptar judicialmente ningún ajuste del contenido pactado del contrato (4).

En particular, se excluye que la aplicación de la *rebus* pueda favorecer a quien actuaba con ánimo especulativo y cuyas expectativas de obtener beneficios se han visto frustradas por la crisis económica generada a partir de 2008 (5).

III. LAS SENTENCIAS DE 30 DE JUNIO Y 15 DE OCTUBRE DE 2014

Frente a la anterior postura jurisprudencial restrictiva, la Sala Primera del Tribunal Supremo aplicó la cláusula *rebus* en las sentencias 333/2014, de 30 de junio (6) y 591/2014, de 15 de octubre (7). Estas sentencias declaran abandonar la denuncia del carácter «peligroso» de la cláusula y la advertencia sobre la «cautela» con la que debe procederse a su aplicación, y se inclinan decididamente por lo que denominan aplicación «normalizada» de la misma.

En efecto, las dos sentencias dictadas en el año 2014 se presentan a sí mismas como culminación de una nueva tendencia jurisprudencial hacia la aplicación

(4) Así, la disminución del volumen de edificabilidad era un riesgo previsto en un contrato que se hizo a precio fijo «con el aprovechamiento urbanístico que presenta en el momento de la venta», sentencia 658/2012, de 14 de noviembre; la optante, al pactar los supuestos en que la opción tendría carácter oneroso o gratuito asumió los riesgos normales resultantes de la aprobación del plan parcial, sentencia 711/2013, de 27 de noviembre. La sentencia 626/2013, de 29 de octubre, considera que la aleatoriedad del contrato implicaba la asunción del riesgo de las operaciones de permuta financiera contratadas.

A veces, el riesgo es inherente a la actividad empresarial de quien invoca la cláusula (sentencia de 16 de octubre de 1989, resolución de préstamo en el que el prestatario se comprometió a conservar los buques a cuya construcción se destinaba la financiación, pero los vende y alega crisis del sector turístico: el banco pide la resolución del préstamo por incumplimiento, y se entiende que lo hay); sentencia de 4 de julio de 1996, es riesgo del vendedor que no llegue a calificarse la vivienda como protegida.

(5) La sentencia 597/2012, de 8 de octubre, se ocupa de un caso en el que un matrimonio compra unos pisos para especular y revender antes de la finalización de la obra; cuando llega el momento fijado para pagar el precio no han logrado vender a terceros los pisos y tampoco consiguen que la entidad de crédito que financió al promotor les subrogara en el crédito, en razón a su edad y a su falta de solvencia. Los compradores pretenden resolver el contrato de compraventa, alegando que era imprevisible que la entidad les denegara el crédito (imposibilidad sobrevenida). El Tribunal afirma que al realizar una compra especulativa asumieron el riesgo de la operación, y sería contrario a la buena fe tratar de repercutir tal riesgo sobre el vendedor, cuando los compradores debieron preverlo.

(6) La sentencia 333/2014, de 30 de junio, aborda la incidencia de la crisis económica en el mercado publicitario, que da lugar a una reducción importante del volumen de negocio de una empresa que se comprometió a pagar un porcentaje de su facturación con un mínimo mensual garantizado a la propietaria de los autobuses cuya publicidad explotaba; el contrato se celebró por cuatro años y se cumplió durante los dos primeros; producido un descenso de los ingresos, el Supremo confirma la sentencia de primera instancia que acordó la rebaja del precio del canon pactado al 80% y la reducción del mínimo mensual de 244.000 a 100.000 euros.

(7) La sentencia 591/2014, de 15 de octubre, modifica un contrato de arrendamiento de un hotel en el sentido de reducir la renta anual un 29% respecto de la renta vigente en el momento de interposición de la demanda por entender que el contexto económico de crecimiento y expansión formó parte de la base económica del negocio suscrito por las partes, sin que, a juicio de la sentencia, la falta de previsión de la crisis y su repercusión en el turismo, con cierre de hoteles en la zona, renegociación de contratos en vigor y caídas en el rendimiento del sector por habitación, deban ser soportadas en exclusiva por la arrendataria del hotel.

«normalizada», y no excepcional, de la cláusula *rebus*. Con este fin, mencionan como precedentes del cambio de tendencia de la doctrina algunas sentencias anteriores en las que, en realidad, conviene advertir, no se aplicó la *rebus* (8), pero en las que se apoyan para estimar «como hecho notorio», que la crisis económica iniciada en 2008, «de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido».

La sentencia 333/2014, de 30 de junio, que será seguida por la del 14 de octubre de 2014, afirma que «la excesiva onerosidad» debe incidir de manera relevante o significativa «respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado» y entiende que este hecho se produce cuando «la excesiva onerosidad operada por dicho cambio resulte determinante tanto para la frustración de la finalidad económica del contrato (viabilidad del mismo), como cuando representa una alteración significativa o ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones (conmutatividad del contrato)» (9).

(8) En efecto, las sentencias citadas como precursoras están relacionadas con contratos de compraventa de inmuebles y préstamos hipotecarios, para los que es difícil formular una regla general, porque todos los compradores de inmuebles a partir del año 2005 adquirieron a precios muy elevados y muchos compraron porque creían que la vivienda siempre iba a subir de precio y se iba a revalorizar. En este ámbito, se ha planteado la aplicación de la cláusula *rebus* cuando no es posible obtener financiación en el momento en que el comprador es requerido para otorgar la escritura pública, dado el cambio de circunstancias económicas y la política de restricción en la concesión de créditos adoptada por las entidades financieras, pero lo cierto es que el Tribunal Supremo ha negado que en los casos concretos concuerden las circunstancias exigibles para hacerlo.

Es significativo el caso de que se ocupa la sentencia 597/2012, de 8 de octubre (*vid.* nota 5), que considera contrario a la buena fe tratar de repercutir sobre el vendedor el riesgo asumido por los compradores en compraventas especulativas de inmuebles.

La sentencia 820/2013, de 17 de enero, citada por la sentencia de 30 de junio de 2014, no excluye que pueda aplicarse la cláusula *rebus* en este ámbito, pero sí que la mera crisis económica, la restricción del crédito producida y las consiguientes dificultades de los compradores de vivienda para acceder al crédito hipotecario sean motivos suficientes para permitir que el comprador resuelva unilateralmente el contrato. La sentencia 822/2012, de 18 de enero de 2013, igualmente citada por la sentencia de 30 de junio de 2014, descartó también la aplicación de la *rebus* por considerar que la falta de obtención de financiación por el comprador no constituye sobrevenida imposibilidad de cumplir.

Sin hacer mención expresa a la doctrina *rebus*, la sentencia 309/2013, de 26 de abril, citada como precedente por la sentencia de 15 de octubre de 2014, admitió la resolución de la compraventa de la vivienda solicitada por el comprador que no logra la subrogación en el préstamo hipotecario con apoyo en la doctrina de la base del negocio, entendida como conjunto de circunstancias que impide que se obtenga el resultado que se propone el negocio. Con todo, la sentencia analiza las cláusulas del contrato que contemplaban la posibilidad del comprador de subrogarse en el préstamo y cita en su apoyo como precedentes las sentencias que, analizando los contratos, llegan a la conclusión de que el vendedor asumió tal compromiso contractualmente (sentencias 805/2013, de 16 de enero, y 251/2013, de 12 de abril). Este razonamiento, en definitiva, apunta a una vinculación por acuerdo de las partes más que a un cambio sobrevenido de las circunstancias.

(9) Continúa diciendo que: «En este caso, las hipótesis son básicamente dos; que la excesiva onerosidad refleje un substancial incremento del coste de la prestación, o bien, en sentido contrario, que la excesiva onerosidad represente una disminución o envilecimiento del valor de la contraprestación recibida. En este contexto, y dentro de la fundamentación objetiva y de tipicidad contractual señalada, pueden extraerse las siguientes consideraciones de carácter general: A) La base económica del contrato, como parámetro de la relevancia del cambio, esto es, de la excesiva onerosidad, permite que en el tratamiento de la relación de equivalencia sea tenida en cuenta la actividad económica o de

Estas dos sentencias declaran respaldar la suficiencia del ordenamiento para proteger los intereses de deudores afectados por la crisis, sin necesidad de pronunciamiento expreso del legislador sobre la posibilidad de exigir una revisión de los contratos. De esta forma, las sentencias pretenden reivindicar el papel de los tribunales a la hora de determinar el impacto de la crisis en las relaciones contractuales, complementando las medidas que haya podido promulgar el legislador con alcance general o para determinado sector del tráfico jurídico.

En estas sentencias, sin embargo, se resuelve un supuesto muy concreto, el de si la falta de previsión de una cláusula de revisión del precio a la baja en caso de que una de las partes tuviera menos ingresos implica o no, ante una situación de crisis calificada como imprevisible, que deba asumir ella sola las consecuencias negativas de su negocio. Hay otros supuestos de alteración de las circunstancias que se plantean en la práctica y son estudiados por la doctrina que resultan ajenos a los supuestos de que se ocupan estas dos sentencias del año 2014, como los derivados de aumento de los costes de producción (y que, según el contrato de que se trate pueden corresponder a la parte profesional sobre la que recaen, que pudo comprar más materia antes de que subieran los precios, por ejemplo), o como los derivados de la desaparición de la presuposición común de las partes al contratar (que, aun en el caso de ser verdaderamente común y compartida, raramente daría lugar a una modificación del contrato, que no interesaría a la parte perjudicada). No hay doctrina jurisprudencial sobre otros casos, por mucho que las dos sentencias contengan una exposición teórica sobre la *rebus*.

Por otra parte, para supuestos semejantes a los que se abordan en estas sentencias, con posterioridad, la Sala Primera, se ha alejado de las soluciones que se adoptó en las mismas, de modo que puede afirmarse que su doctrina no ha tenido continuidad en la jurisprudencia.

IV. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA *REBUS* DURANTE LOS AÑOS 2015 A 2020

La primera sentencia que dicta la Sala Primera apenas unos meses después de las que invocaban una aplicación normalizada de la *rebus* matiza que «no por ello se ha prescindido de su prudente y moderada aplicación derivada tanto de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico, como de su necesaria concreción funcional en el marco de la eficacia causal del contrato» y considera que en el caso la cláusula no es de aplicación.

explotación de la sociedad o empresario que deba realizar la prestación comprometida; B) Desde esta perspectiva parece razonable apreciar la excesiva onerosidad en el incremento de los costes de preparación y ejecución de la prestación en aquellos supuestos en donde la actividad económica o de explotación, por el cambio operado de las circunstancias, lleve a un resultado reiterado de pérdidas (imposibilidad económica) o a la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta del carácter retributivo de la prestación); y C) En ambos casos, por mor de la tipicidad contractual de la figura, el resultado negativo debe desprenderse de la relación económica que se derive del contrato en cuestión, sin que quepa su configuración respecto de otros parámetros más amplios de valoración económica: balance general o de cierre de cada ejercicio de la empresa, relación de grupos empresariales, actividades económicas diversas, etc.».

Se trata de la sentencia 64/2015, de 24 de febrero, referida a un contrato de compraventa de fincas rústicas. El comprador invocaba la cláusula *rebus* para que se resolviera el contrato o se moderara el precio pactado en un 50% con el argumento de que dicha compraventa tuvo por base negocial las expectativas de desarrollo urbanístico de la zona, que se vieron alteradas por el rigor de la crisis económica de 2008 y la consecuente caída del valor de los bienes inmuebles; todo ello, en relación con el fundamento de aplicación que el artículo 1258 del Código Civil otorga a la citada figura.

La citada sentencia 64/2015, de 24 de febrero, rechaza la aplicación de la *rebus* porque considera que, pese a que la parte vendedora conociera la finalidad urbanizadora que impulsaba la celebración del contrato, la posible fluctuación posterior del valor de mercado, ya al alza o a la baja, que podía afectar a las fincas objeto de la venta, no quedaba excluida del riesgo normal e inherente que debía asumir la parte compradora, conforme a la naturaleza y el contenido negocial del contrato celebrado. La sentencia afirma, además, que el carácter de hecho notorio que caracterizó la crisis económica de 2008 «no comporta que se derive una aplicación generalizada, o automática, de la cláusula *rebus sic stantibus* a partir de dicho periodo, sino que es del todo necesario que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate. Pues bien, en el presente caso, tal y como sustenta la parte recurrida, no puede estimarse que la citada crisis económica, fuera de su consideración general, determinarse la quiebra de la base económica de la relación contractual llevada a cabo, ni comportara una injustificada excesiva onerosidad para la parte compradora» (10).

La siguiente sentencia en la que se plantea la aplicación de la cláusula (sentencia 227/2015, de 30 de abril) niega que concurren sus presupuestos para permitir al comprador resolver una compraventa inmobiliaria que ya no le interesa: «tratándose de una compra claramente especulativa, a la posibilidad de una ganancia rápida y

(10) La sentencia concreta: «Así, en el primer aspecto indicado, debe precisarse que si bien el contexto de crisis económica señalado ha podido incidir en un retraso de la ejecución del propósito urbanizador de la parte compradora, no obstante, no ha resultado determinante para la frustración de la base negocial del contrato (viabilidad del proceso de urbanización), pues las expectativas del aprovechamiento urbanístico resultante que se derive de las fincas adquiridas y, con ello, la inversión estratégica de la mercantil adquirente, permanecen inalteradas, con la natural dependencia que presenten los flujos u oscilaciones del mercado inmobiliario, al ser incluidas en un área de expansión urbanística de la ciudad de Burgos, Sector S-27 “Ciudad del Ave”. Del mismo modo nos debemos pronunciar, en relación con la pretendida excesiva onerosidad de la prestación derivada del cambio de circunstancias provocado por la citada crisis económica, bien en atención a un incremento sustancial del coste de la prestación, o bien, referida a una significativa disminución o envilecimiento del valor de la contraprestación recibida. Así, en el primer aspecto indicado, la parte recurrente nada ha acreditado acerca del nexo o relación causal de la crisis económica respecto de un significativo incremento del coste de la prestación, especialmente con relación a las circunstancias y condiciones de financiación para el pago del precio, bien respecto de la restricción de la misma, o bien de su respectivo encajecimiento. Extremos, cuya incidencia tampoco se acredita respecto de la actividad del grupo empresarial, sin constatación de una incidencia de un resultado de pérdidas económicas, o de una completa desaparición de cualquier margen de beneficio. Sin perjuicio, todo ello, de la adecuación del precio objeto del contrato acorde con el precio medio de adquisición de las fincas enclavadas en dicho sector estratégico de desarrollo urbanístico de la ciudad de Burgos. En parecidos términos, respecto del segundo aspecto indicado de la excesiva onerosidad, en donde la viabilidad del desarrollo urbanístico de la zona impide que se constate, de presente, el envilecimiento del valor de la contraprestación recibida que, conforme a su configuración como riesgo empresarial, dependerá del contexto económico que acompañe al desarrollo urbanístico, pleno y definitivo, que se realice de este sector estratégico de la ciudad».

sustancial, consecuencia de la rápida subida que venían sufriendo los precios de las viviendas, correspondía lógicamente un riesgo elevado de que se produjera un movimiento inverso. Acaecido tal riesgo, no puede pretender el contratante quedar inmune mediante la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* y trasladar las consecuencias negativas del acaecimiento de tal riesgo al otro contratante. Una aplicación en estos términos de la doctrina *rebus sic stantibus* sería contraria a la buena fe, que es justamente uno de los pilares en los que debe apoyarse la misma» (11).

En el caso de la sentencia 447/2017, de 13 de julio, el litigio causante del recurso de casación versa nuevamente sobre la pretensión de resolución de una compraventa por parte de los compradores que, en el caso, alegan no haber conseguido la financiación necesaria para proceder al pago como consecuencia de la adversa coyuntura económica. En primera instancia se desestima la demanda ejercitada por los compradores frente a los vendedores y dirigida a la restitución de las arras entregadas; el juzgado considera que ha habido un incumplimiento contractual atribuible únicamente a los actores, a quienes correspondía requerir a la vendedora para el otorgamiento de la escritura pública en un determinado plazo y no lo hicieron pese al interés de estos en el cumplimiento. En segunda instancia, con invocación de la *rebus*, se declara resuelto el contrato de compraventa y se condena a los vendedores a devolver a los actores la cantidad recibida al tratarse de un supuesto de imposibilidad sobrevenida consistente en no poder obtener financiación por parte de los compradores. El Supremo estima el recurso por entender que no procede la aplicación de la *rebus* en los casos de mera dificultad de financiación del deudor y porque la mera invocación de la situación de crisis económica no permite al comprador eludir la consecuencia prevista en el contrato para el caso de desistimiento o incumplimiento y que en el caso consistía, precisamente, en la pérdida de la cantidad entregada en el momento de la firma del contrato (12).

(11) La sentencia considera que «las dificultades del demandado reconviniente para cumplir el contrato se derivan de su propia conducta especulativa y de su sobreendeudamiento voluntario como medio de maximizar beneficios mediante la adquisición de numerosas viviendas, cuyo pago total le resultaba imposible, confiado en que el mercado seguiría en su espiral de subidas de precios, de modo que le permitiera vender las viviendas adquiridas sobre plano antes de tener que afrontar el pago de la parte del precio pendiente, pues no le sería posible afrontar el pago del precio total de todas las viviendas que había comprado sobre plano».

(12) Según la sentencia: «El razonamiento de la sentencia recurrida no es coherente con la doctrina jurisprudencial de la sala, teniendo en cuenta la base fáctica y la razón decisoria. De una parte, la imposibilidad sobrevenida no culpable que hace imposible el cumplimiento por caso fortuito y libera al deudor en caso de pérdida sobrevenida de la cosa específica que debía entregar (art. 1182 del Código Civil) o en caso de imposibilidad objetiva de cumplir la obligación de hacer (art. 1184 del Código Civil), no es aplicable al deudor de dinero. De otra parte, para que la falta de acceso a la financiación pudiera valorarse como una alteración imprevisible de las circunstancias existentes en el momento de contratar y justificara una resolución liberatoria del deudor, sería preciso acreditar la imposibilidad imprevisible de financiación, sin que resulte suficiente alegar las dificultades subjetivas de financiación del comprador. En el caso, el propio contrato ya contemplaba las consecuencias de que los compradores desistieran o no cumplieran las obligaciones de pago de modo que, entonces, el contrato quedaría resuelto y los vendedores podían retener las cantidades recibidas en concepto de indemnización de daños y perjuicios. Las cantidades anticipadas, de acuerdo con lo previsto en la cláusula sexta del contrato, sirvieron para confirmar el contrato de compraventa, pero también permitían desistir y perderlas o recibirlas dobladas si hubiera sido la parte vendedora quien desistiera o incumpliera el contrato. En consecuencia, ni el riesgo de la falta de financiación correspondía al vendedor ni hay razón para no aplicar las consecuencias pactadas contractualmente».

La sentencia 477/2017, de 20 julio, rechaza la pretensión de un inversor que, con apoyo en la cláusula *rebus sic stantibus*, solicitaba que se condenara a las entidades financieras demandadas a continuar la relación contractual con una modificación consistente en la subsistencia de la inversión en las mismas condiciones contractuales pero únicamente referida a los dos valores de la cesta adquirida cuya actividad bancaria permanecía, con la finalidad, según decía, de restituir el equilibrio contractual inicial y su finalidad económica; subsidiariamente, solicitaba la resolución del contrato para el caso de que se entendiera que el restablecimiento de dicho equilibrio no permitía la conservación o continuación de la relación obligacional, y se condenara solidariamente a las codemandadas, en este último caso, a restituir al actor la inversión efectuada. Frente a lo que entendió la Audiencia (13), el Supremo declara que, en un contrato de esta naturaleza, la posibilidad de fuertes beneficios (un rendimiento del 17% anual de su inversión) conlleva la asunción por el inversor de riesgos significativos, el mayor de los cuales, admitido por el demandante y del que había sido informado al contratar la Nota, era la pérdida total de la inversión. Y por debajo de ese riesgo máximo, había una gama variada de riesgos menores, uno de los cuales podía ser que las acciones subyacentes que le fueran entregadas en caso de que bajaran del 50% de su cotización inicial lo fueran de una entidad que hubiera sido intervenida, reestructurada y abocada a un sector de negocio diferente del inicial, cosa que sucedió. Con cita de la sentencia 597/2012, de 8 de octubre (compraventa especulativa de inmuebles) la sentencia añade que, con relación a un contrato de alto contenido especulativo, cuando los compradores se integran en un proceso de rápida obtención de beneficios, se están sometiendo a una situación de riesgo aceptado que no pueden intentar repercutir sobre la parte vendedora. No pueden pretender aceptar los beneficios de la especulación y repercutir a la vendedora las pérdidas que se pudieran presentar, porque es contrario a la buena fe (art. 1258 del Código Civil) y viola el artículo 1105 del Código Civil.

La sentencia 5/2019, de 9 de enero, con cita de la sentencia 477/2017, de 20 de julio, reitera la inaplicabilidad de la *rebus* en contratos de inversión altamente especulativos, apoyándose en la consideración de que si el inversor está expresamente advertido e informado de que, conforme a lo previsto en el contrato, soporta el riesgo de perder totalmente su inversión, no puede considerarse que la materialización de ese riesgo constituya un supuesto de imposibilidad de cumplimiento de la prestación, puesto que falta el elemento esencial, que es la imprevisibilidad (14).

(13) La Audiencia consideró que se había producido una imposibilidad sobrevenida en el cumplimiento del contrato puesto que, en el caso de que alguna de las acciones que constituían el subyacente de la Nota bajara por debajo del 50%, ya no era posible entregar esas acciones como correspondientes a un banco, puesto que Fortis había pasado a ser la aseguradora Ageas, cambiando de actividad, con lo que se habría frustrado la finalidad del negocio para el inversor, dado que este no iba a recibir ya acciones de un banco sino de una aseguradora. Por tanto, consideró de aplicación el artículo 1184 del Código Civil, que exige una alteración de circunstancias completamente extraordinaria y racionalmente imprevisible. Al concurrir una imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de la prestación que libera al deudor y extingue la obligación, acordó la resolución del contrato y condenó solidariamente a las demandadas a restituir al demandante los 650.000 euros de su inversión.

(14) En este caso, dice la sentencia, «el rendimiento final de la inversión estaba vinculado directamente a la evolución del *Net Asset Value* (NAV) o valor patrimonial neto del fondo subyacente y en el folleto informativo se advertía expresamente que la inversión en tales condiciones era de alto riesgo y que los inversores estaban expuestos a la pérdida total de la inversión, lo que en este caso vino determinado por la quiebra del fondo. Se plantea, pues, si la mencionada quiebra del fondo subyacente

La sentencia 19/2019, de 15 de enero, desestima el recurso interpuesto frente a una sentencia que desestimó un pretensión del arrendatario de resolución de un contrato de arrendamiento de un hotel y subsidiariamente la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* con el efecto de reducir el importe de la renta pactada. La sala entiende que la sentencia de la Audiencia no ha desconocido la doctrina jurisprudencial sobre la *rebus* y sí que ha tenido en cuenta la distribución contractual del riesgo. En este sentido, las partes realizaron una modificación del contrato e introdujeron un mínimo de renta garantizado que pretendía retribuir al arrendador tanto de los gastos de la previa construcción, como de los gastos de la propiedad que asumía durante la vigencia del contrato, y ello con el propósito declarado de «mantener el equilibrio entre las partes». Además, habían pactado un porcentaje de renta variable en función de la ocupación del hotel. La fijación de una renta mínima garantizada junto a una renta variable según ingresos demuestra, a juicio del Tribunal, que el riesgo de la disminución de ingresos quedaba a cargo de la arrendataria. Junto a ello, la posibilidad pactada de que el arrendatario pudiera poner fin al contrato, transcurridos los diez primeros años de vigencia y con una indemnización de tres años de renta, muestra, también, entiende el Supremo, que el contrato preveía un mecanismo para amortiguar el riesgo del arrendatario sobre el cual, si el negocio no le resultaba económicamente rentable en las condiciones acordadas, pudiera poner fin al contrato (15).

La sentencia 41/2019, de 22 de enero, confirma el fallo de una sentencia que aplicó indebidamente la *rebus* porque considera que, si bien el razonamiento de la sentencia era incorrecto, el fallo de la sentencia debía mantenerse, pues a la misma solución debía llegarse realizando lo que procedía en el caso en estricta técnica jurídica: una interpretación integradora de una laguna contractual (16).

tiene el carácter de hecho imprevisible a efectos de la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*. Y la respuesta debe ser negativa, porque el riesgo de quiebra del fondo estaba previsto contractualmente e incluso puede considerarse un riesgo intrínseco en las notas estructuradas. E igual sucede con la suspensión de la publicación del NAV, por quiebra del fondo o por cualquier otra causa. Al no poder hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato (sentencias 333/2014, de 30 de junio, y 64/2015, de 24 de febrero), no cabe aplicar la regla *rebus sic stantibus*.

(15) La sentencia añade que: «La argumentación de la sentencia recurrida por la que se rechaza la pretensión de rebaja del precio pactado tampoco es contraria al criterio legal que se desprende del artículo 1575 del Código Civil, que en la regla que permite la rebaja de la renta en el arrendamiento de bienes productivos que no deriven de riesgos del propio negocio, exige además que la pérdida de rendimientos se origine por casos fortuitos extraordinarios e imprevistos, algo que por su misma rareza no hubiera ser podido previsto por las partes, y que la pérdida de frutos sea de más de la mitad de los frutos. En el caso no concurre ninguna de estas circunstancias. La disminución de las rentas procede de una evolución del mercado, las partes previeron la posibilidad de que en algunos ejercicios la rentabilidad del hotel no fuera positiva para la arrendataria y las pérdidas alegadas por NH en la explotación del hotel de Almería son inferiores al cincuenta por ciento, sin contar con que el resultado global del conjunto de su actividad como gestora de una cadena de hoteles es, según considera probado la Audiencia a la vista del informe de gestión consolidado, favorable».

(16) Se planteaba la exigibilidad del precio aplazado en la venta de una vivienda situada en un área de regularización urbanística, en la que se pactó –a fin de preservar los derechos de ambas partes hasta conocer el coste de las cargas urbanísticas– que del precio pactado aplazado debía descontarse el importe de la carga urbanística, dando por hecho que tal importe sería cuantificado en el plan de ordenación, lo que finalmente no sucedió quedando su fijación pendiente de un plan de reparcelación. Demanda del vendedor frente al comprador reclamando el resto del precio de la compraventa, previa retención de un importe, calculado por informe pericial, para hacer frente a la carga de normalización sin perjuicio de su posterior liquidación. Contra lo que entendió la Audiencia, no procede la aplicación

La sentencia 214/2019, de 5 de abril, estima el recurso de casación frente a una sentencia que, aplicando la *rebus*, había reducido en un 25% la renta vitalicia establecida a favor de la viuda. Dicha renta procedía de la conmutación del usufructo viudal, según la transacción judicial acordada entre la viuda y los herederos en el proceso de división de herencia, compuesta esencialmente por inmuebles y participaciones en empresas. La transacción supuso que los herederos pudieran explotar los bienes de la herencia libres de la afección que suponía el usufructo viudal; a cambio, la viuda obtenía una renta vitalicia. Que, debido a la crisis, la empresa viera reducidos sus beneficios y su valor no comporta que tal riesgo empresarial debiera ser compartido por la viuda. Las partes pudieron establecer el derecho de esta a un porcentaje de los beneficios de la empresa, lo que le hubiera hecho partícipe en el riesgo de la explotación empresarial, y no lo hicieron (17).

En el caso de la sentencia 452/2019, de 18 de julio, se plantea si el cambio del marco regulatorio permite extinguir o modificar las garantías de los préstamos hipotecarios suscritos para financiar un proyecto fotovoltaico. Los actores, fiadores del préstamo y accionistas o interesados en la prestataria, invocaron la aplicación de la *rebus*, que fue rechazada en las dos instancias, y el Supremo confirma la improcedencia de la aplicación. Explica la sentencia que la alteración de las circunstancias que puede provocar la modificación o resolución de un contrato ha de ser imprevisible y de tal magnitud que incremente de modo significativo el riesgo de frustración de la propia finalidad del contrato. La incidencia del cambio legislativo que habría determinado, según el recurso, la insolvencia del deudor principal es un riesgo que debe recaer en los fiadores, porque la causa del contrato de fianza es aumentar la seguridad de cobro del crédito del acreedor. En el conflicto entre las demandadas que financiaron la actividad y el deudor principal y sus fiadores todo el riesgo regulatorio, que fue solo uno de los factores del fracaso empresarial, es

de la regla *rebus sic stantibus* (no hay alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración, ni una desproporción desorbitante entre las prestaciones de las partes, ni sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles) pero se desestima el recurso de casación por falta de efecto útil del recurso, pues procede estimar la demanda por razones distintas a las de la sentencia recurrida. Lo que procede es una interpretación integradora del contrato: las partes previeron el riesgo de la incertidumbre en la fijación de la carga estableciendo el pago del precio aplazado si la carga no estaba fijada a determinada fecha, situación equivalente a la falta de cuantificación.

(17) Añade la sentencia: «Al no hacerlo así, y fijar el derecho a una renta vitalicia, actualizable con el IPC, los herederos asumieron el riesgo propio de la explotación empresarial y del mercado inmobiliario. En este sentido, esta sala no comparte el criterio de la sentencia recurrida y considera que, en el caso, no se ven las razones por las que deba desplazarse a la viuda el riesgo de la disminución de los rendimientos de la empresa inmobiliaria, riesgo que, al proceder del deterioro de la situación económica y a las variaciones del mercado, debe ser considerado como propio de la actividad empresarial de los deudores del pago de la renta. Por lo demás, a partir de los hechos probados relatados en la sentencia acerca de la situación económica de la empresa en los años anteriores a la interposición de la demanda, no resulta una imposibilidad sobrevenida de cumplir puesto que, junto a la reducción de beneficios y el menor valor neto del patrimonio de la sociedad, la sentencia refiere tanto la existencia de solares como la explotación de locales y aparcamientos que producen ingresos fijos, y la misma declaración en 2012 de concurso voluntario finalizado por convenio en el que se acordó una quita del 50% de los créditos y una espera de cinco años, en contra del criterio de la sentencia recurrida, lo que permite es valorar las posibilidades de saneamiento de la empresa».

ajeno al acreedor que se limita a financiar y no debe soportar los riesgos de la actividad del deudor principal ni sufrir el daño de su insolvencia (18).

En el caso que da lugar a la sentencia 455/2019, de 18 de julio, se plantea la incidencia en un contrato de venta de proyectos de energía solar desarrollados en Francia de la moratoria aprobada por el gobierno francés por la que, durante un plazo, suspendió la obligación de compra por la red eléctrica francesa de la energía producida por los «huertos solares» y, posteriormente, redujo la tarifa de compra. La sentencia recurrida había estimado la demanda de la compradora y, mediante la aplicación de la cláusula *rebus*, reconoció su derecho a resolver el contrato y a recuperar todas las cantidades que hasta entonces había pagado al vendedor desarrollador del proyecto en cumplimiento de los hitos fijados en el contrato. Esa sentencia es casada por el Supremo que, con apoyo en la doctrina de la sala (19), reitera la exigencia de la interpretación de contrato para valorar la procedencia de la aplicación de la doctrina de la *rebus* a efectos de determinar si del contrato resulta ya una distribución de riesgos a la que debe estarse. Por lo que se refiere al requisito de la imprevisibilidad se considera que no hay alteración sobrevenida imprevisible si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera, de modo que no puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato. En el caso, la Audiencia, en contra de la literalidad y espíritu del contrato, había considerado que todo el riesgo del acontecimiento sobrevenido –la moratoria solar– debía recaer sobre una de las partes, cuando del mismo contrato ya resultaba el riesgo compartido por ambas partes. Se estima el recurso de casación y, al asumir la instancia, se declara que no procede la resolución del contrato por incumplimiento de la vendedora.

La sentencia 677/2019, de 17 de diciembre, muestra una vez más cómo en muchas ocasiones la solución que se alcanza resulta de la interpretación del contrato. En el caso, la vendedora de una vivienda ejerce una acción de cumplimiento y

(18) Por ello, se dice en la sentencia, «resulta innecesario realizar cualquier otro tipo de consideraciones como las que, en el marco de otras controversias, han realizado otros tribunales, que han rechazado que los cambios normativos pudieran ser imprevisibles para un operador económico prudente en atención a las diferentes circunstancias concurrentes, incluidas la evolución de la situación económica general y del sector eléctrico general. Así, la sentencia del pleno del Tribunal Constitucional 270/2015, de 17 de diciembre de 2015, en un recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos que establecían un nuevo régimen retributivo para los titulares de producción de energía eléctrica en régimen primado. También la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en numerosas sentencias sobre responsabilidad patrimonial de la Administración pública, a partir de la del 12 de abril de 2012, recaída en el recurso de casación 40/2011, seguida de otras muchas, entre las últimas, sentencias 667/2018, de 24 de abril, 920/2017, de 25 mayo, 1177/2018, de 10 julio, y 1254/2018, de 17 de julio».

(19) Resume así la doctrina de la sala: «[...] según la doctrina jurisprudencial de la *rebus sic stantibus*, 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 finalidad del contrato. Y por supuesto, es preciso que tales circunstancias sobrevenidas fueran totalmente imprevisibles para los contratantes (sentencia del pleno 820/2012, de 17 de enero de 2013). Es condición necesaria para la aplicación de la regla *rebus* la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. 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 la no asunción del riesgo (recientemente sentencia 5/2019, de 9 de enero). No puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato (sentencias 333/2014, de 30 de junio, 64/2015, de 24 de febrero, y 477/2017, de 20 de julio, entre otras)».

los compradores reconviene solicitando la resolución. En las dos instancias se desestimó la demanda y se estimó la reconvenición y el Supremo confirma esta decisión. No ha lugar a hablar de imposibilidad sobrevenida de cumplimiento ni es cuestión de la regla *rebus sic stantibus*. En el caso tampoco se discute la validez de una cláusula por la que un promotor impone a los compradores la obligación de subrogarse en el préstamo suscrito por él para financiar la construcción, sino el alcance de una cláusula contractual de subrogación ofrecida para facilitar la financiación de la adquisición. En el Derecho estatal no existe una previsión legal expresa que permita al comprador de inmuebles desistir de un contrato de compraventa que prevé la financiación del precio por una entidad de crédito en caso de negativa de la entidad a conceder la financiación o a aceptar la subrogación. Tampoco existe previsión legal expresa acerca de que en esos casos el contrato se ha suscrito bajo condición suspensiva. Pero ello no impide que pueda deducirse de cada contrato. Del análisis de la jurisprudencia sobre los casos de compradores que no obtienen financiación resulta que no es suficiente la mera crisis, y que el riesgo de no obtener financiación lo asume el comprador, pero ello siempre que del contrato no resulte otra cosa. Esto es lo que sucede en el caso: en la instancia se interpretó que fue la promotora quien se obligó frente al comprador a que la entidad de crédito autorizaría la subrogación en el préstamo, por lo que si esta no tuvo lugar el incumplimiento no fue del comprador, sino del vendedor.

La sentencia 156/2020, de 6 de marzo, estima el recurso de casación formulado contra una sentencia que había aplicado la cláusula *rebus sic stantibus* a un contrato de gestión publicitaria celebrado entre una empresa de publicidad y la Radio Televisión de Galicia y en el que se incluía una cláusula por la que la empresa garantizaba un mínimo de captación publicitaria. La duración pactada para el contrato era de dos años con posibilidad de prórroga voluntaria por un año más y, finalizado el tiempo inicialmente acordado, la empresa continuó prestando el servicio de gestión, sin que las partes hubieran concretado cuál sería el mínimo garantizado que, según el contrato, sería como mínimo el del año anterior. El conflicto surge cuando la empresa quiere hacer valer la caída de publicidad experimentada a efectos de que se reduzca el mínimo garantizado. Su pretensión, que fue aceptada por la Audiencia, es rechazada por el Supremo, que considera que cuando la empresa asume la prórroga sabe que, de acuerdo con el contrato marco celebrado, el mínimo garantizado sería al menos el del año anterior; es decir, al prorrogar el contrato la empresa asume el riesgo de no facturar ese mínimo; la sentencia tiene en cuenta, por lo demás, que la caída de la publicidad invocada por la empresa no fue tan drástica como para calificarse de extraordinaria (de 25,9 a 24,1 millones).

La alteración de las circunstancias que justifica la cláusula *rebus*, dice la sentencia 156/2020 para negar su aplicación al caso, ha de ser imprevisible y de tal magnitud que incremente de modo significativo el riesgo de frustración de la finalidad del contrato. Se reitera que no hay alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato y se añade que es más probable que esa alteración se dé en contratos de larga duración, ordinariamente de tracto sucesivo, pero no en un caso como el litigioso, de corta duración (duración inicial de dos años y prórroga de un año), en el que difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio del mismo. La conclusión es que la bajada de la demanda en el mercado de la publicidad debía ser asumida por la empresa publicitaria.

LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EN EL MODERNO DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA*

Resumen

La pandemia provocada por la COVID-19 ha generado una crisis sistémica en el Derecho de contratos. Como respuesta más acorde a la situación, los legisladores domésticos han elaborado normas de emergencia. En el presente trabajo se trata de analizar qué enseñanzas se pueden extraer de los instrumentos internacionales de Derecho de contratos para hacer frente a las situaciones de excesiva onerosidad sobrevenida. Sin duda, la herramienta más valiosa es la figura de la renegociación del contrato por las partes para adaptar el contrato o, si no es posible, ponerle fin. En ausencia de previsión legal, las partes pueden incorporar una cláusula de excesiva onerosidad en la que contemplen expresamente los términos en los que se debe llevar a cabo dicha renegociación.

Palabras clave

Instrumentos internacionales de Derecho de contratos, cambio de circunstancias, excesiva onerosidad, renegociación del contrato, cláusulas de excesiva onerosidad, COVID-19.

Abstract

The pandemic caused by COVID-19 has generated a systemic crisis in contract law. As a more appropriate response to the situation, domestic legislators have developed emergency rules. This paper seeks to analyze what lessons can be learned from international contract law instruments to deal with situations of hardship. Undoubtedly, the most valuable tool is the figure of contract renegotiation by the parties to adapt the contract or, if it is not possible, to terminate it. In the absence of legal provision, the parties may incorporate a hardship clause expressly contemplating the terms under which such renegotiation is to be carried out.

* Profesora titular de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid. lispaula@uam.es. Miembro del Grupo de investigación UAM «La modernización del Derecho patrimonial» (Coordinadores: Antonio Manuel Morales Moreno y Nieves Fenoy Picón).

Keywords

International instruments of contract law, change of circumstances, hardship, renegotiation of the contract, hardship clauses, COVID-19.

SUMARIO: I. Planteamiento. II. La regulación de la excesiva onerosidad en los textos y sus puntos comunes. III. Las condiciones para invocar la excesiva onerosidad como consecuencia de la COVID-19. 1. La alteración fundamental del equilibrio contractual. 2. La COVID-19 como evento posterior a la celebración del contrato e imprevisible. 3. La COVID-19 como un suceso cuyo riesgo no hubiera sido asumido. IV. Los efectos de la excesiva onerosidad sobre el contrato. 1. La renegociación del contrato en tiempos de COVID-19. A. La solicitud de renegociación. B. Los efectos de la solicitud de negociación sobre el cumplimiento del contrato. C. La conducta de las partes durante la negociación. D. La finalidad de la renegociación. 2. El fracaso de las negociaciones y la intervención de un tribunal en tiempos de crisis sistémica. V. La inclusión de cláusulas de *hardship* en los contratos. 1. Las cláusulas de *hardship* en los contratos anteriores a la COVID-19. 2. Las cláusulas «COVID-19». VI. A modo de conclusión. VII. Bibliografía

I. PLANTEAMIENTO

Ningún acontecimiento había puesto en cuestión los sistemas jurídicos como lo ha hecho la pandemia provocada por la COVID-19 y las medidas que han adoptado los estados para intentar controlarla. En pocas semanas, y en todo el mundo, se produjo una transformación radical y duradera de nuestra vida social y económica. En los primeros días de confinamiento, el 26 de marzo de 2020, el filósofo francés Bruno Latour afirmaba que la intervención del virus podría servir como ensayo general de los próximos virus, y avanzaba la hipótesis de que esta crisis sanitaria nos incita a prepararnos para la crisis ecológica que provocará el cambio climático⁽¹⁾. En esta línea, en una entrevista publicada el 15 de febrero de 2021, Bill Gates asegura que, si no actuamos a tiempo, «el cambio climático tendrá efectos mucho peores que la pandemia»⁽²⁾. Es bien conocido que Bill Gates suele acertar en sus predicciones; por tanto, debemos tomarnos muy en serio este ensayo general. Y eso es precisamente lo que se pretende en esta obra titulada *Derecho y política ante la pandemia: reacciones y transformaciones*: ofrecer una reflexión sobre las medidas que ya existían en el Derecho y cómo han sido útiles para hacer frente a la situación excepcional que hemos vivido.

En este contexto, en el que el mundo de los contratos ha sufrido y está sufriendo una perturbación imprevisible, global e intensa como nunca había existido, el derecho nacional de contratos ha reaccionado, bien aplicando su derecho de contratos,

(1) LATOUR, B., “Is This a Dress Rehearsal?”, *Critical Inquiry*, Post from the Pandemic, 26 de marzo de 2020.

(2) DOMÍNGUEZ, M., «Entrevista a Bill Gates», *El País*, 15 de febrero de 2021.

bien adoptando una legislación de urgencia, bien combinando ambos sistemas. Existe un amplio consenso en defender que la situación provocada por la pandemia en el entramado de contratos solo se puede afrontar de forma correcta a través de la intervención extraordinaria y directa del legislador, mediante una normativa específica, que procure soluciones sistémicas, de justicia distributiva(3). Sin embargo, en el ámbito internacional las cosas son necesariamente diferentes, no hay un legislador que pueda actuar rápidamente. El presente trabajo tiene como objetivo analizar las soluciones que ofrecen los instrumentos internacionales de *soft law*.

En concreto, en estas páginas se va a examinar una de las instituciones de derecho privado a las que más se ha recurrido en los últimos meses, me refiero a la excesiva onerosidad o *hardship*, que es el equivalente a la cláusula *rebus sic stantibus* de nuestro Derecho. Es importante aclarar que quedan fuera de este trabajo, tanto el análisis de la cláusula *rebus sic stantibus*, que es objeto de estudio en otros trabajos de esta obra, como el caso fortuito (fuerza mayor), la otra institución a la que se ha recurrido para dar solución a los problemas planteados, y que es analizada de forma monográfica en otras colaboraciones de este libro.

El estudio de la excesiva onerosidad se va a realizar en instrumentos del denominado «moderno Derecho de contratos», que se caracterizan por estar previstos con un ámbito objetivo amplio (afectan a los contratos en general, no se centran en un tipo contractual concreto), pero que se diferencian en cuanto al ámbito geográfico que abarcan, aunque todos ellos superan el ámbito nacional. Por una parte, analizaré los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, de ámbito mundial, cuya última versión es de 2016 (en adelante, Principios UNIDROIT)(4). En este caso, se hará una mención muy especial a la Nota publicada el 15 de julio de 2020 por el Secretariado de UNIDROIT con el fin de ofrecer una orientación más precisa sobre cómo los Principios UNIDROIT pueden ayudar a resolver los principales problemas ocasionados por la pandemia en la ejecución de los contratos(5).

Por otra parte, me ocuparé de instrumentos de ámbito exclusivamente europeo que también contemplan la excesiva onerosidad, me refiero al Marco Común de

(3) *Vid.* al respecto, GANUZA, J.J. y GÓMEZ POMAR, F. «Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso», *Indret*, 2.2020, pp. 558-584, especialmente las pp. 560 a 562; MORALES MORENO, A. M. «El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución?», *ADC*, 2020, II, pp. 447-454, pp. 453 y 454; y más recientemente, GÓMEZ POMAR, F. y ALTI SÁNCHEZ-AGUILERA, J. «Cláusula *rebus sic stantibus*: viabilidad y oportunidad de su codificación en el derecho civil español», *Indret*, 1.2021, pp. 502-577, (especialmente las pp. 572 a 574) y DÍEZ SOTO, C. y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. «Los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales y los efectos derivados del COVID-19 sobre las relaciones contractuales: una perspectiva desde el Derecho español», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2021, vol. 13, pp. 180-237, pp. 183-184.

(4) INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, *UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts* (2016), UNIDROIT, Roma, 2016 (en adelante, Principios UNIDROIT).

(5) INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, *Note of the UNIDROIT Secretariat on The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the COVID-19 Health Crisis*, de 15 de julio de 2020 (en adelante, *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*). Disponible en: <https://www.unidroit.org/english/news/2020/200721-principles-covid19-note/note-e.pdf> (fecha de consulta 24 de abril de 2021). Existe una traducción no oficial al español disponible en: <https://www.unidroit.org/spanish/news/2020/200721-principles-covid19-note/note-s.pdf>

Referencia (en adelante, *DCFR*)(6) y a su precedente, los Principios de Derecho contractual europeo (en adelante, *PECL*)(7). A estos textos añadiremos los Principios para la crisis de la COVID-19 elaborados por el *European Law Institute* (en adelante, Principios *ELI*), dirigidos a todos los estados europeos, en la medida en que realizan una referencia expresa a las situaciones de *hardship* o excesiva onerosidad(8).

II. LA REGULACIÓN DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD EN LOS TEXTOS Y SUS PUNTOS COMUNES

El propósito de este trabajo no es analizar de forma pormenorizada la excesiva onerosidad o *hardship* en estos textos, sino centrarme en su utilidad para resolver los problemas que se han planteado con motivo de la pandemia provocada por la COVID-19 y que no podemos descartar que se planteen en futuras crisis.

Comenzaré con una presentación de todos los textos implicados, ordenados cronológicamente(9).

En primer lugar, se sitúan los Principios UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales, cuya primera versión es de 1994. En el capítulo sobre el cumplimiento del contrato, se incluye una sección destinada a la excesiva onerosidad o *hardship* compuesta de tres preceptos: el primero de ellos dedicado a la obligatoriedad del contrato, el segundo a la definición de la *hardship* y el tercero a sus efectos.

Artículo 6.2.1 (Obligatoriedad del contrato):

Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre «excesiva onerosidad» (*hardship*).

*Artículo 6.2.2 [Definición de la «excesiva onerosidad» (*hardship*)]:*

Hay «excesiva onerosidad» (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incre-

(6) VON BAR, C., CLIVE, E. y SCHULTE-NÖLKE, H. (edit.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, preparados por el *Study Group on a European Civil Code* y el *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, Sellier, Munich, 2009.

(7) LANDO, O. y BEALE, H. (edit.), *Principles of European Contract Law*, parte I y II, preparados por *The Commission of European Contract Law*, Kluwer, La Haya, 2000.

(8) EUROPEAN LAW INSTITUTE, *ELI Principles for the COVID-19 Crisis*, disponible en https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_for_the_COVID-19_Crisis.pdf

(9) Sobre la ubicación sistemática de la excesiva onerosidad en cada instrumento, *vid.* SAN MIGUEL PRADERA, L. P., «De la imprevisión al cambio de circunstancias en los PLDC: Una mirada desde el derecho comparado», en VIDAL OLIVARES, Á. y SEVERÍN FUSTER, G., *La armonización del derecho de contratos en Latinoamérica. Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Una mirada desde el derecho europeo*, LegalPublishing, Santiago de Chile, 2020, pp. 389-416, pp. 396-397.

mentado, o porque el valor de la prestación que una parte ha recibido ha disminuido, y:

- (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

Artículo 6.2.3 [Efectos de la «excesiva onerosidad» (hardship)]:

(1) En caso de «excesiva onerosidad» (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

(2) El reclamo de negociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.

(3) En caso de no llegarse a un acuerdo, dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.

(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de «excesiva onerosidad» (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá:

- (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o
- (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

En segundo lugar, continuando con el orden cronológico, se sitúan los Principios de Derecho contractual europeo, cuya primera redacción se publicó en 1995. En el capítulo dedicado al contenido y efectos del contrato, los *PECL* incluyen un artículo dedicado al cambio de circunstancias, que regula la excesiva onerosidad.

Artículo 6: 111: Cambio de circunstancias

(1) La parte está obligada a cumplir sus obligaciones, aunque el cumplimiento se haya hecho más oneroso, bien porque el coste del cumplimiento se haya incrementado, bien porque el valor de lo que se reciba como cumplimiento haya disminuido.

(2) Sin embargo, si el cumplimiento del contrato llega a ser excesivamente oneroso por el cambio de circunstancias, las partes están obligadas a entablar negociaciones para adaptar el contrato o poner fin al mismo, siempre que:

- (a) el cambio de circunstancias haya ocurrido después del momento de la conclusión del contrato;
- (b) la posibilidad de un cambio de circunstancias no hubiera debido ser razonablemente tenida en cuenta en el momento de la conclusión del contrato; y
- (c) el riesgo de cambio de las circunstancias no es de aquellos que, según el contrato, la parte afectada debe soportar.

(3) Si las partes no llegan a alcanzar un acuerdo en las negociaciones según el artículo anterior dentro de un plazo razonable, el tribunal puede:

- (a) dar por terminado el contrato en la fecha y los términos que el propio tribunal establezca; o
- (b) adaptar el contrato para distribuir entre las partes de un modo justo y equitativo, las pérdidas y ganancias resultantes del cambio de circunstancias.

En cualquier caso, el tribunal puede otorgar una indemnización por las pérdidas sufridas a causa de la negativa de una de las partes a negociar o de la ruptura de las negociaciones que sea contraria a la buena fe y a la lealtad (10).

En tercer lugar, cabe mencionar el Marco Común de Referencia (*DCFR*) de 2009, cuyo Libro III, sobre obligaciones y derechos, recoge en el capítulo dedicado a las disposiciones generales una previsión sobre el cambio de circunstancias (11).

III.-1: 110. Modificación o extinción por el juez a causa de un cambio en las circunstancias

(1) Toda obligación debe cumplirse aun cuando el cumplimiento de la misma resulte más oneroso como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.

(2) Sin embargo, si debido a un cambio excepcional en las circunstancias el cumplimiento de una obligación contractual o de una obligación derivada de un acto jurídico unilateral resulta tan oneroso que sería manifiestamente injusto seguir exigiendo su cumplimiento al deudor, el juez podrá:

(a) modificar la obligación a fin de hacerla más razonable y equitativa en las nuevas circunstancias; o

(b) extinguir la obligación en una fecha y en unas condiciones que determinará el juez.

(3) El apartado (2) se aplicará únicamente si:

(a) el cambio de circunstancias se produjo después de contraer la obligación;

(b) el deudor no tuvo en cuenta en ese momento, y cabe razonablemente esperar que no tuviese en cuenta, la posibilidad de que se produjese dicho cambio en las circunstancias o la magnitud del mismo;

(c) el deudor no asumió, y no puede razonablemente darse por asumido, el riesgo de dicho cambio de circunstancias; y,

(d) el deudor ha intentado, razonablemente y de buena fe, negociar una modificación razonable y equitativa de los términos que regulan la obligación (12).

Y, por último, queda hacer una referencia a los Principios *ELI* para la crisis de la COVID-19, elaborados en abril de 2020 como consecuencia de la COVID-19, con soluciones puntuales para esta situación. Están formados por treinta principios dirigidos a los estados de la UE y el principio 13 hace referencia a la fuerza mayor y a la *hardship*. En concreto, el apartado (2) de este principio se centra en la figura de la *hardship*:

Principio 13 (2). Fuerza mayor y hardship

(10) Traducción de Díez-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E. y MORALES, A. M., *Los Principios de Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 54.

(11) A diferencia de los otros instrumentos, el III.-1:110 *DCFR* tiene un ámbito de aplicación más amplio incluyendo obligaciones procedentes de actos jurídicos unilaterales (III.-1:110 *DCFR*, Comentario B, p. 378).

(12) Traducción al español en JEREZ DELGADO, C. (coord.), *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 129.

Cuando, como consecuencia de la crisis de la COVID-19 y de las medidas adoptadas durante la pandemia, la ejecución se haya vuelto excesivamente difícil (principio de *hardship*), incluso cuando el coste de la ejecución haya aumentado significativamente, los Estados deben garantizar que, de acuerdo con el principio de buena fe, las partes entren en renegociación, aunque no esté previsto en el contrato o en la legislación vigente (13).

Todos estos textos tienen tres cosas en común (14). La primera de ellas es que comienzan por recordar la obligatoriedad del contrato en los términos pactados, aunque el cumplimiento se haya hecho más oneroso. La segunda es que se refieren a un cambio de las circunstancias tenidas en cuenta al contratar y este cambio debe provocar la excesiva onerosidad del cumplimiento, tanto por aumento de los costes de ejecución, como por la disminución del valor de la contraprestación que se recibe. Y la tercera es que en todos ellos se contempla como solución la renegociación del contrato por las partes, con carácter previo a la intervención judicial. Como se verá a lo largo del trabajo, pesan más las similitudes que las diferencias.

III. LAS CONDICIONES PARA INVOCAR LA EXCESIVA ONEROSIDAD COMO CONSECUENCIA DE LA COVID-19

Las fórmulas que emplean los textos mencionados son necesariamente amplias para poder abarcar todo tipo de sucesos; eso hace que su aplicación no sea mecánica ni sencilla, puesto que es necesario atender a las circunstancias del caso concreto (15). A partir de las fórmulas generales, hay que descender a cada relación contractual para analizar los problemas que la COVID-19 o las medidas adoptadas por los gobiernos (en diferentes momentos y con niveles de intensidad también diferentes) han podido causar en la ejecución del contrato y determinar si es posible invocar la existencia de excesiva onerosidad. Muchas de las medidas de naturaleza jurídica y económica comenzaron a adoptarse en la primera quincena del mes de marzo de 2020 y han llevado a que gran parte de la actividad económica

(13) Principle 13. *Force Majeure and Hardship*.

(1) *Where performance of a contract is temporarily or definitively prevented directly or indirectly due to the COVID-19 outbreak or States' decisions taken in relation to the COVID-19 outbreak, States should ensure that existing law on impossibility or force majeure applies in an effective way and provides reasonable solutions. In particular, the contractual allocation of risk in these instances should be evaluated in the light of existing contracts, background legal regimes and the principle of good faith.*

(2) *Where, as a consequence of the COVID-19 crisis and the measures taken during the pandemic, performance has become excessively difficult (hardship principle), including where the cost of performance has risen significantly, States should ensure that, in accordance with the principle of good faith, parties enter into renegotiations even if this has not been provided for in a contract or in existing legislation.*

(3) *In conformity with the principle of solidarity, States should ensure that the consequences of the disruption of contractual relationships, such as the cancellation of travel arrangements, should not be at the sole risk of one party, in particular of a consumer or SME.*

(14) MOMBERG URIBE, R., «Change of Circumstances in International Instruments of Contract Law. The Approach of the CISG, the PICC, the PECL and the DCFR», *Vindobona Journal of International Commercial Law*, 2011, II, pp. 233-266, p. 246. GÓMEZ POMAR y ALTI SÁNCHEZ-AGUILERA, «Cláusula *rebus sic stantibus*», pp. 556 y 557.

(15) GÓMEZ POMAR y ALTI SÁNCHEZ-AGUILERA, «Cláusula *rebus sic stantibus*», p. 571.

se haya reducido considerablemente o incluso haya estado totalmente paralizada en algunos momentos, pudiendo afectar de forma muy diferente a la ejecución de los contratos (16). Como resaltan Gómez Pomar y Altí Sánchez-Aguilera, refiriéndose a la cláusula *rebus sic stantibus* –y aplicable a sus equivalentes funcionales de la excesiva onerosidad o *hardship*–, se trata de un instrumento de intervención *ex post* sobre el contrato afectado por el cambio de circunstancias, que requiere de información individual sobre los contratantes y los términos implícitos y explícitos pactados en la concreta relación contractual (17). No hay una solución única, sino una solución para cada caso concreto (18). Por poner un ejemplo sencillo: en nuestro país, las medidas de confinamiento adoptadas a mediados de marzo afectaron profundamente a la actividad desarrollada por los arrendatarios de locales destinados a la hostelería. Sin embargo, no tuvieron especial incidencia en los locales arrendados para ser destinados a farmacia, cuya actividad no se vio limitada.

Procede analizar brevemente qué condiciones hay que reunir para que, en el caso concreto, la parte contratante perjudicada por la COVID-19 o por las medidas adoptadas pueda hacer valer la existencia de excesiva onerosidad.

1. LA ALTERACIÓN FUNDAMENTAL DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL

El primer requisito que se plantea, para poder recurrir a la figura de la *hardship*, es que la pandemia o las medidas adoptadas hayan tenido consecuencias graves sobre el cumplimiento, porque si simplemente lo ha hecho más oneroso, las partes están obligadas a cumplir el contrato en los términos pactados. Aunque todos los textos analizados contemplan este requisito, lo expresan de forma diferente: los Principios UNIDROIT exigen que el cambio de circunstancias haya provocado una alteración fundamental en el equilibrio contractual; los *PECL* precisan para su aplicación que el cumplimiento resulte excesivamente oneroso; el *DCFR* se refiere a un cumplimiento tan oneroso que resulte manifiestamente injusto exigirlo; y, por último, los Principios *ELI* mencionan una ejecución excesivamente difícil. Para determinar si se cumple este requisito hay que tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes (naturaleza del contrato, características de la ejecución, condiciones del mercado en el momento considerado...) y llegar a la conclusión de que los hechos sobrevenidos han modificado sustancialmente la situación de tal forma que las partes no habrían celebrado el contrato o que, de haberlo concluido, lo habrían hecho en otros términos (19).

Como advierten los instrumentos de *soft law* objeto de estudio, la alteración fundamental del equilibrio puede suceder tanto por un aumento del coste de la prestación (normalmente en la ejecución de una prestación no pecuniaria) como por una disminución del valor de la contraprestación (que puede ser tanto pecuniaria como de otro tipo); lo relevante es que se puedan determinar objetivamente (20). Respecto del últi-

(16) *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 1.

(17) GÓMEZ POMAR y ALTI SÁNCHEZ-AGUILERA, «Cláusula *rebus sic stantibus*», p. 558.

(18) *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 4.

(19) *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 35.

(20) *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 35. Eso significa que la alteración subjetiva no es relevante (DÍEZ SOTO y GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Los Principios de UNIDROIT y

mo supuesto, la *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT* considera que la disminución del valor de la contraprestación (que puede suponer incluso la pérdida total de valor) puede suceder, particularmente, en aquellas situaciones en las que las autoridades han suspendido la actividad económica durante un tiempo (por ejemplo, en el caso de arrendamiento de un local para restaurante o de un camión de gran tonelaje que no puede usarse por bloqueo de vehículos de este tipo) (21).

2. LA COVID-19 COMO EVENTO POSTERIOR A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO E IMPREVISIBLE

Para poder apreciar la posible existencia de excesiva onerosidad como consecuencia de la COVID-19 y las medidas adoptadas sobre el contrato, hay que tener en cuenta diferentes variables. Como acertadamente señala la *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, en primer lugar, es útil distinguir dos tipos de eventos que pueden provocar el cambio de circunstancias: la propia pandemia y las medidas adoptadas por las autoridades públicas en cada estado (o los gobiernos regionales) para hacerle frente (22). En el caso de las medidas, también es relevante tener en cuenta el tipo de medidas de que se trata; la *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT* distingue tres tipos de medidas que se han adoptado: (1) medidas con severas restricciones a la movilidad, con confinamientos y con una suspensión a gran escala de la actividad económica; (2) medidas restrictivas de la actividad social, con reglas sobre distanciamiento social, restricciones a la libre circulación, y una actividad económica obstaculizada; y, (3) medidas limitadas sin confinamiento obligatorio y, sobre todo, recomendaciones sobre distanciamiento social. Es importante tener en cuenta que no solo importa el tipo de medida, sino que hay que valorar, en el caso concreto, qué incidencia ha tenido la medida en cuestión en la ejecución del contrato (23).

En segundo lugar, hay que tener en cuenta el momento de celebración del contrato (24). En este sentido, la *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT* propone, con carácter general, distinguir cuatro momentos que hay que adaptar a la situación concreta: (1) antes del 31 de diciembre de 2019; (2) después del 31 de diciembre de 2019 y antes del 13 de marzo de 2020 (el 30 de enero de 2020 la OMS declaró una urgencia de sanidad pública de alcance internacional, de tal forma que, a partir de ese momento, puede decirse que la crisis sanitaria era de dominio público y el 11 de marzo declaró la existencia de una pandemia mundial);

los efectos derivados del COVID-19», p. 218).

(21) *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 37. Díez Soto y González Pacanowska añaden los casos de frustración del propósito práctico o finalidad concreta del contrato, que normalmente se darán en contratos de tracto único. Comparando ambos supuestos (aumento del coste de la prestación, disminución del valor de la contraprestación), advierten que hay una mayor inclinación a proporcionar alivio a la parte que ve incrementados los costes de su propia prestación que los casos en los que disminuye el valor de la contraprestación («Los Principios de UNIDROIT y los efectos derivados del COVID-19», pp. 218 y 219).

(22) *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 12, aunque reconoce que es una distinción meramente funcional, pues todos los impedimentos tienen su origen en la crisis sanitaria.

(23) *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 10.

(24) *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 11.

(3) durante el primer periodo de alarma en el país concreto (plazo en el que se adoptarían las medidas); (4) después del estado de alarma (25). El transcurso del tiempo ha mostrado que esta variable sigue siendo esencial y que es posible añadir nuevos hitos, como, por ejemplo, el momento en el que se alcance determinado porcentaje de población inmunizada (26). Los acontecimientos han dejado patente que en este instante no es posible prever el momento final de la crisis sanitaria y tampoco las medidas que en su caso se puedan ir adoptando, pues las circunstancias cambian en cada momento y lugar (27).

Por último, puesto que la aparición de la pandemia y las medidas adoptadas no ha sido igual en todas partes, es necesario tener en cuenta el lugar del domicilio o establecimiento del deudor y, en algunos casos, de ambas partes (28). A estas dos variables hay que añadir, según el caso concreto, el sector económico implicado, el tipo de obligaciones asumidas en el contrato, la duración prevista para el contrato, las circunstancias personales de los contratantes y la reglamentación que se han dado los propios contratantes (29).

Teniendo en cuenta todas las variables mencionadas, la primera condición que tiene que cumplirse es que el cambio de circunstancias provocado por la COVID-19 suceda después de la celebración del contrato (aunque, en el caso de los Principios UNIDROIT, se admiten acontecimientos anteriores pero que son conocidos por las partes con posterioridad a la celebración del contrato) (30). En principio, todos los contratos celebrados antes de finales de 2019 cumplen este requisito. A partir de ahí, hay que estar a la fecha de conclusión del contrato y de adopción de las medidas que han ocasionado el cambio de circunstancias y atender al resto de las circunstancias, para determinar el cumplimiento de este requisito en la concreta relación contractual (31).

(25) *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 11. Los momentos (3) y (4) son relevantes, sobre todo, para analizar el establecimiento de cláusulas de *hardship* en el contrato.

(26) La situación de pandemia mundial provocada por la COVID-19 y declarada por la OMS el 11 de marzo de 2020 todavía permanece sin fecha cierta para su desaparición, incluso con diferentes niveles de intensidad según el momento (pues se han producido olas y las medidas van variando las medidas para adaptarlas a la situación).

DÍEZ SOTO y GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Los Principios de UNIDROIT y los efectos derivados del COVID-19», pp. 188 a 190, y pp. 205 y 206, realizan un acertado planteamiento de la situación de la crisis en España, desde los días previos a decretarse el primer estado de alarma, el 14 de marzo de 2020, hasta mediados de enero de 2021, llegando a la conclusión de que la incertidumbre se mantendría unos meses, de hecho, a principios de abril ha comenzado la denominada «cuarta ola» y parece que, a partir de ahora, se va a acelerar el proceso de vacunación.

(27) DÍEZ SOTO y GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Los Principios de UNIDROIT y los efectos derivados del COVID-19», p. 207.

(28) *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 11.

(29) Así lo señalan respecto de la fuerza mayor DÍEZ SOTO y GONZÁLEZ PACANOWSKA, pero es extensible a la excesiva onerosidad («Los Principios de UNIDROIT y los efectos derivados del COVID-19», pp. 203 a 205).

(30) En el resto de los textos estudiados, cuando las circunstancias que hace que el cumplimiento del contrato resulte excesivamente oneroso para una de las partes ya existieran en el momento de concluir el contrato, pero fueran desconocidas por las partes, no resulta aplicable la regulación sobre excesiva onerosidad, sino las reglas sobre el error y sus consecuencias. (sobre *PECL*, SAN MIGUEL PRADERA, L. P., «La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea», *ADC*, 2002, III, pp. 1115-1132, p. 1122 a 1124; *vid.* III.-1: 110 *DCFR*, Comentario D, pp. 739 y 740).

(31) *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 138 recalca que tanto la fecha de publicación de las medidas como la de conclusión del contrato son datos accesibles y no controvertidos.

Al requisito anterior se añade la exigencia de que el cambio de circunstancias no fuera previsible en el momento de contratar. Es necesario que la parte perjudicada pruebe que, en el momento del contratar, no era razonablemente previsible la propagación de la pandemia o la adopción de las medidas que han provocado la excesiva onerosidad (32). Para valorar la previsibilidad de la aparición de la crisis sanitaria o la adopción de medidas para hacerle frente, de nuevo, es necesario estar a todas las circunstancias concretas del contrato en cuestión (una vez más, este requisito es fácil de probar en los contratos celebrados antes de finales de 2019) (33). En los contratos celebrados después de la aparición de la pandemia se planteará la cuestión de la previsibilidad respecto de la existencia de posteriores olas que hagan que la crisis resurja y de la adopción nuevas medidas, el avance en la vacunación y otras cuestiones que resultan inciertas en estos momentos (34).

3. LA COVID-19 COMO UN SUCESO CUYO RIESGO NO HUBIERA SIDO ASUMIDO

Todos los textos exigen que la parte afectada no hubiera asumido el riesgo de que sucediera el cambio de circunstancias, bien de forma expresa o de forma implícita a través de la interpretación del contrato conforme a las circunstancias (35), o bien porque así se deriva de la propia naturaleza del contrato. Aquí se plantea la cuestión de las cláusulas de *hardship* en las que puede haberse pactado de forma precisa y ajustada al contrato en cuestión el reparto de determinados riesgos (36).

Por último, los Principios UNIDROIT también exigen que el evento esté fuera del control de las partes. En el caso de la COVID-19 y las medidas adoptadas, parece sencillo concluir que tanto la enfermedad como las medidas adoptadas por las autoridades escapan al control de las partes del contrato, puesto que no han podido influir en su origen (37). Sin embargo, como señalan Díez Soto y González Pacanowska, en el momento actual, se puede considerar que sí entra dentro de la esfera de control de cada una de las partes la adopción de medidas de control y precaución necesarias para el correcto cumplimiento del contrato (medidas sanitarias y de seguridad impuestas por las autoridades) (38).

(32) *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 39. Entendido en términos objetivos «una persona razonable en la misma situación que el deudor» (III.-1: 110 DCFR, Comentario E).

(33) *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 11.

(34) Esta situación de incertidumbre es probable que motive a las partes a incorporar cláusulas *ad hoc* en los contratos que se celebren a partir de ahora. *Vid. infra* epígrafe V.

(35) *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 41.

(36) *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 41 y Díez Soto y González Pacanowska, «Los Principios de UNIDROIT y los efectos derivados del COVID-19», p. 229. *Vid. infra* epígrafe V.

(37) *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 40 y Díez Soto y González Pacanowska, «Los Principios de UNIDROIT y los efectos derivados del COVID-19», pp. 226 y 227.

(38) Díez Soto y González Pacanowska afirman que mientras que, como regla general, no serán contingencias ajenas a la esfera de control del deudor las dificultades de cumplimiento derivadas de su situación económica, sí pueden ser relevantes los impedimentos que tengan su origen en circunstancias de alcance general relacionadas con la crisis económica derivada de la pandemia y de las medidas adoptadas, como por ejemplo, los problemas generalizados relacionados con la restricción de las fuentes de financiación, el cierre de empresas, la suspensión o la extinción de relaciones laborales,

IV. LOS EFECTOS DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBRE EL CONTRATO

Concurriendo los requisitos de la *hardship*, es necesario hacer valer su existencia. En este punto, hay que tener en cuenta que, en los Principios UNIDROIT, es posible que *hardship* y fuerza mayor se presenten conjuntamente (39). En esos casos, si el perjudicado por el cambio de circunstancias provocado por la COVID-19 o sus medidas alega la fuerza mayor, quedará temporalmente excusado del cumplimiento y exonerado de responsabilidad por incumplimiento (pero la otra parte podrá suspender el cumplimiento de sus obligaciones o resolver el contrato si el retraso equivale a incumplimiento esencial), mientras que si pretende mantener el contrato, le interesará invocar la existencia de *hardship* y procurar la revisión del contrato (40). En el ámbito de los *PECL* y del *DCFR* no sucede lo mismo: ambas figuras (imposibilidad de cumplimiento o excesiva onerosidad) tienen ámbitos de aplicación excluyente, si bien se reconoce que hay casos en los que la línea que separa una y otra sea difícil de trazar (41).

1. LA RENEGOCIACIÓN DEL CONTRATO EN TIEMPOS DE COVID-19

Tanto los Principios UNIDROIT como los *PECL* y el *DCFR* reaccionan ante la excesiva onerosidad contemplando, como primera medida, que sean las partes las que busquen una solución a través de la renegociación (42). Esta medida tiene en cuenta el eventual interés de las partes en preservar el valor del contrato existente remediando ellas mismas el desequilibrio generado por el cambio de circunstancias. Como señala la *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, la renegociación por las partes para reestablecer el equilibrio alterado por las circunstancias es una herramienta particularmente útil en los contratos de larga duración, en los que se pretende que las circunstancias temporales y excepcionales como las generadas por la COVID-19 o las medidas adoptadas no perjudiquen de forma definitiva la relación obligatoria (43).

Centrados en la crisis creada por la COVID-19, los Principios *ELI* también consideran que es la mejor vía para buscar una solución e incitan a la renegociación

las dificultades para mantener las cadenas de distribución, la caída del consumo, el encarecimiento de determinados bienes y servicios. («Los Principios de UNIDROIT y los efectos derivados del COVID-19», p. 204 y 205).

(39) Artículo 6. 2. 2 Principios UNIDROIT, Comentario 6.

(40) *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 51.

(41) Artículo 6: 111 *PECL*, Comentario A; III.-1: 110 *DCFR*, Comentario A.

(42) Hay consenso en que la figura de la renegociación deriva directamente del principio de buena fe [BRUNNER, C., *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles. Exemption for Non-Performance in International Arbitration*, Kluwer Law International, La Haya, 2009, p. 480; MCKENDRICK, E., “Chapter 6, Performance, Section 2: Hardship, Articles 6.2.1 and 6. 2. 3”, en VOGEL, S (edit.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 806-822].

(43) *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 42.

del contrato, incluso aunque esta medida no haya sido contemplada en el contrato ni prevista en la legislación aplicable (44).

A. La solicitud de renegociación

Mientras que los *PECL* declaran que, en caso de excesiva onerosidad, «las partes están obligadas a entablar negociaciones» (45), los Principios UNIDROIT y más recientemente, el *DCFR* (46) conciben la solicitud de renegociación como un derecho o una facultad de la parte perjudicada por el cambio de circunstancias de reclamar a la otra parte la renegociación del contrato [art. 6. 2. 3 (1) Principios UNIDROIT y III.-1: 110 *DCFR*] (47).

Por lo que respecta a cómo debe realizarse la solicitud, los Principios UNIDROIT exigen en su articulado que la solicitud de renegociación se presente sin demora injustificada («tan pronto como sea posible»), después del momento en el que sucedió el evento que ha generado la excesiva onerosidad. Esto hace que haya que estar a cada caso concreto y, en función de cómo se han presentado las circunstancias, determinar el cumplimiento de esta exigencia (48). El plazo puede ser más largo si el cambio de circunstancias se va produciendo de forma paulatina (49) (v. *gr.*, en el caso de la COVID-19 en España, donde se decretó inicialmente un estado de alarma para 15 días, que sufrió progresivas prórrogas; es admisible que la parte

(44) El principio ELI 13(2) expresamente declara: “[...] *States should ensure that, in accordance with the principle of good faith, parties enter into renegotiations even if this has not been provided for in a contract or in existing legislation*”.

En el ámbito interno, el gabinete de crisis en materia civil y mercantil de la FUNDACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN SOBRE EL DERECHO Y LA EMPRESA (FIDE) publicó, en mayo de 2020, una *Propuesta de regulación legal de la excesiva onerosidad de la prestación y de la frustración del fin del contrato a la luz de la jurisprudencia sobre la cláusula «rebus sic stantibus»*, en la que se contempla, como primera medida, la renegociación del contrato (disponible en <https://thinkfide.com/propuesta-de-regulacion-legal-de-la-excesiva-onerosidad-de-la-prestacion-y-de-la-frustracion-del-fin-del-contrato-a-la-luz-de-la-jurisprudencia-sobre-la-clausula-rebus-sic-stantibus/>).

(45) Artículo 6: 111 *PECL*, Comentario C.

(46) *Vid.* III.-1: 110 *DCFR*, Comentario C, que expresamente se desmarca de los *PECL*. A diferencia de los Principios UNIDROIT, el intento de negociación no es visto en el *DCFR* como un efecto de la excesiva onerosidad, sino como un presupuesto (ORELLANA, L., «El deber de renegociación del contrato en caso de excesiva onerosidad», en Hornero Méndez, C., Espejo Lerdo de Tejada, M. y Oliva Blázquez, F. (dir.), *Derecho de Contratos: Nuevos Escenarios y Nuevas Propuestas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 437-458, p. 441).

(47) Hay autores que consideran que el término «deber» puede emplearse en la medida en que el recurso a los tribunales está supeditado a que previamente haya existido un intento de negociación que ha fracasado (MOMBERG URIBE, R., «La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, n.º 1, 2010, pp. 43-72, p. 43; en el mismo sentido ORELLANA, «El deber de renegociación», p. 441).

La Propuesta de FIDE de regularización de la excesiva onerosidad establece que el contratante perjudicado «tendrá el derecho y la carga de solicitar la renegociación del contrato» y contempla una serie de incentivos para que las partes alcancen un acuerdo.

(48) Artículo 6. 2. 3(1) Principios UNIDROIT. Los *PECL* también contemplan esta exigencia, aunque no lo hagan de forma expresa en el texto del articulado (*vid.* Artículo 6:111 *PECL*, Comentario C).

(49) *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 42.

afectada no actuara inmediatamente, sino que lo hiciera una vez que se iban aprobando sucesivas prórrogas al estado de alarma)(50).

Además, los Principios UNIDROIT exigen expresamente que la parte perjudicada por el cambio de circunstancias indique en su solicitud de renegociación los motivos en los que se basa para solicitar esta medida. En concreto, debe indicar las razones que justifican su pretensión, es decir, la onerosidad que se ha producido y las causas que la han provocado (51). El objetivo de esta exigencia es que la otra parte pueda valorar la justificación de dicha solicitud.

La demora injustificada en la solicitud o el hecho de que la solicitud no se presente bien fundamentada no impide seguir adelante con la renegociación, pero puede tener consecuencias a la hora de probar la existencia de excesiva onerosidad (salvo que las causas que provocan la excesiva onerosidad sean obvias para la otra parte)(52).

B. Los efectos de la solicitud de renegociación sobre el cumplimiento del contrato

Iniciadas las negociaciones, se abre necesariamente un periodo de incertidumbre respecto de lo que va a suceder con el contrato original. Es posible que la situación de incertidumbre se prolongue un tiempo (53). Tanto los Principios UNIDROIT como los *PECL* se refieren a un «periodo razonable» para que las partes negocien y lleguen a un acuerdo, y el *DCFR* no hace referencia expresa al tiempo que puede durar la negociación (54). La fórmula que emplean estos textos es necesariamente abierta, puesto que se tiene que adaptar a las circunstancias concretas de cada caso particular.

En cuanto a los posibles efectos de la solicitud de renegociación sobre el contrato, mientras que los *PECL* y el *DCFR* no hacen una mención expresa a esta cuestión (55), el artículo 6. 2. 3 (2) Principios UNIDROIT expresamente declara que la solicitud de renegociación no autoriza por sí misma a la parte perjudicada para suspender el cumplimiento. La justificación de una previsión de este tipo es evitar abusos en el recurso a esta figura, motivo por el que solo en circunstancias

(50) DÍEZ SOTO y GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Los Principios de UNIDROIT y los efectos derivados del COVID-19», p. 233.

(51) Artículo 6.2.3(1) Principios UNIDROIT. Los *PECL* también contemplan esta exigencia, aunque no lo hagan de forma expresa en el texto del articulado (*vid.* Artículo 6:111 *PECL*, Comentario C).

(52) Artículo 6.2.3 Principios UNIDROIT, Comentarios 2 y 3. A menos que las causas sean obvias, si el perjudicado no indica las causas en las que justifica su solicitud de renegociación, la otra parte no tiene que atenderla, puesto que no está obligada a averiguarlas (ORELLANA, «El deber de renegociación», p. 50).

(53) Como señala MORALES MORENO («El efecto de la pandemia en los contratos», p. 451), hay una zona oscura entre el momento en que sobreviene el cambio y el momento en el que se transforma la situación jurídica (bien porque lo acuerdan las partes, porque lo establece el juez, o como consecuencia de la retroacción del momento de la resolución).

(54) En la Propuesta de FIDE para la COVID-19 se hace referencia a «un plazo prudencial».

(55) En los *PECL*, la existencia de excesiva onerosidad hace surgir la obligación de renegociar, pero no implica que el deudor quede exonerado de cumplir. El deudor que suspende el cumplimiento durante la renegociación amparándose en la existencia de excesiva onerosidad, lo hace a su propio riesgo (Artículo 6: 111 *PECL*, Comentario A).

extraordinarias se considera justificada la suspensión del cumplimiento(56). Sobre esta cuestión, en el marco de la situación provocada por la COVID-19, la *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT* hace una referencia expresa a aquellos supuestos en los que las consecuencias de la ejecución realizada antes de la renegociación no se puedan evitar(57). Ante el rigor de esta solución, han surgido voces en la doctrina a favor de establecer un requisito de «cumplimiento mínimo» del contrato por la parte que alega la existencia de excesiva onerosidad y solicita la renegociación. De esta manera, mientras se negocia el contrato, la parte perjudicada puede ofrecer un cumplimiento mínimo(58).

C. La conducta de las partes durante la negociación

Sin duda, en el actuar de forma razonable y de buena fe se puede incluir la necesidad de que la parte que solicita la renegociación honestamente crea que existe una situación de excesiva onerosidad, la tempestividad de la solicitud y la fundamentación de esta. Pero se puede ir más allá, exigiendo que, durante las negociaciones, las partes se comporten conforme a las exigencias de la buena fe, cooperando de forma constructiva y aportando la información que sea necesaria(59). Todos los textos analizados contemplan que las negociaciones de las partes estén presididas por el principio de buena fe(60) y por el deber de cooperación(61).

(56) Artículo 6.2.3 Principios UNIDROIT, Comentario 4. Sobre esta cuestión el artículo 84 (2) de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (en adelante, PLDC) es más explícito: «La renegociación no suspende la ejecución del contrato, salvo cuando esta cause perjuicios irreparables a la parte afectada» (DE LA MAZA, Í., PIZARRO, C. y VIDAL, Á., *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Texto, presentación y contenidos fundamentales*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017. *Vid.* SAN MIGUEL PRADERA, L.P., «De la imprevisión al cambio de circunstancias en los PLDC: Una mirada desde el derecho comparado», pp. 389-416, especialmente p. 411).

(57) Nota, apartado 42. En este punto es importante recordar que, en el ámbito de los Principios de UNIDROIT, si en una misma situación concurren los supuestos de la fuerza mayor y de excesiva onerosidad, el perjudicado puede optar entre invocar la fuerza mayor y quedar exonerado de cumplir o hacer valer la excesiva onerosidad y pretender la renegociación con la otra parte (*Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 50).

(58) MOMBERG URIBE, «La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente», p. 59. Este autor considera que el cumplimiento mínimo puede coincidir con el que proponga para la modificación del contrato. En términos similares GREGORACI se refiere a una suspensión del cumplimiento por la parte afecta a su propio riesgo, ofreciendo una prestación ajustada a la nueva situación («El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español», *ADC*, 2020, II, pp. 455-490, pp. 468 y 469).

(59) Artículo 6.2.3 Principios UNIDROIT, Comentario 5 y artículo 6:111 PECL, Comentario C.

(60) Como es el caso de los Principios UNIDROIT (Artículo 6.2.3 Principios UNIDROIT, Comentario 5).

En 1: 110(3) (d) *DCFR* se indica que la parte perjudicada intente negociar de forma razonable y de buena fe.

En la propuesta de FIDE se establece que «Las partes deberán negociar objetivamente de buena fe durante un plazo prudencial».

(61) Artículo 5.3 Principios UNIDROIT, artículo 1:202 *PECL* y III.-3:104 *DCFR*.

Este deber de cooperación implica que las partes se comporten durante las negociaciones de forma flexible, tomando en consideración los intereses de la otra parte, evitando dilaciones injustificadas (MOMBERG URIBE, «La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente», p. 58).

En la situación provocada por la COVID-19 este comportamiento resulta, si cabe, más necesario (62).

Sobre este punto, los *PECL* van más lejos que el resto de los instrumentos y el artículo 6: 111(3) *PECL* contempla la posibilidad de que el juez o tribunal ordenen a la parte que se negó a negociar, o que rompió las negociaciones de mala fe, que repare los daños ocasionados a la otra parte por la negativa o por la ruptura de las negociaciones (63). Esta previsión de sanción, con mejor criterio, no aparece en los Principios UNIDROIT y no se ha mantenido en el *DCFR* (64).

D. La finalidad de la renegociación

Con el mecanismo de la renegociación se incentiva a las partes, de forma flexible, a que sean ellas mismas quienes encuentren una respuesta apropiada a la nueva situación. No se les exige llegar un acuerdo, sino que intenten, de buena fe, alcanzar dicho acuerdo (65). En la búsqueda de una solución a la situación creada por la excesiva onerosidad, los textos analizados se muestran claramente favorables a que las partes persigan la conservación del contrato, en la medida de lo posible, mediante su adaptación a la nueva situación (66). La renegociación, principalmente, va dirigida al mantenimiento del contrato con el reajuste necesario, es decir, al restablecimiento del equilibrio inicial adaptado a las nuevas circunstancias (67). Este aspecto resulta especialmente importante en el caso de contratos de larga duración, para evitar que las circunstancias temporales y excepcionales provocadas por la COVID-19 frustren una

(62) DÍEZ SOTO y GONZÁLEZ PACANOWSKA llegan a afirmar que en la situación provocada por la COVID-19, en la que la mayoría de las relaciones económicas y jurídicas se han visto afectadas por una crisis imprevisible, de ámbito mundial, extremadamente grave y de evolución incierta «parece especialmente exigible –también a nivel jurídico– que todos los sujetos implicados en tales relaciones contribuyan a superar en lo posible las dificultades generadas por la crisis, más allá incluso de lo que sería «razonablemente» exigible en circunstancias normales» («Los Principios de UNIDROIT y los efectos derivados del COVID-19», pp. 212 y 213).

(63) Artículo 6: 111 *PECL*, Comentario C, p. 326.

De forma similar a lo previsto en los *PECL*, la propuesta de FIDE contempla que «el rechazo de mala fe por una parte de una oferta de renegociación del contrato formulada por la contraria dará lugar a la indemnización de los daños y perjuicios causados [...]».

(64) III.-1: 110 *DCFR*, Comentario C. Refiriéndose a la situación provocada por la COVID-19 y a la ineptitud de instituciones como la fuerza mayor o la cláusula *rebus sic stantibus*, MORALES MORENO se muestra contrario a imponer la renegociación a las partes y a que los tribunales valoren la conducta de las partes para decretar posibles indemnizaciones («El efecto de la pandemia en los contratos», pp. 451 y 452).

(65) En la propuesta de FIDE se incluyen incentivos para que las partes negocien y alcancen un acuerdo, así, en caso de que el juez declare una solución menos favorable que la oferta de transacción realizada por una de las partes, la otra parte será condenada al pago de las costas devengadas con posterioridad al rechazo de la oferta (a favor de establecer este tipo de medidas como incentivo, CODERCH SALVADOR, P., «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *InDret*, 4.2009, pp. 1-60, p. 48 y ORELLANA, «El deber de renegociación», p. 447, nota 30).

(66) Así se desprende del comentario 1 al art. 6.2.3 Principios UNIDROIT y, en el mismo sentido, el III. 1: 110 (3) (d) *DCFR* que se refiere a una negociación dirigida una modificación razonable y equitativa de los términos de la relación obligatoria.

(67) Artículo 6. 2. 3 Principios UNIDROIT, Comentario 1; *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 43.

relación que, en principio, era equilibrada y beneficiosa para ambas partes (68). Sin embargo, nada impide que la negociación de las partes pueda implicar la terminación del contrato, si así lo consideran oportuno (69). Según indica la *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, esta flexibilidad facilita la solución razonable de las controversias y evita procedimientos judiciales (70).

2. EL FRACASO DE LAS NEGOCIACIONES Y LA INTERVENCIÓN DE UN TRIBUNAL EN TIEMPOS DE PANDEMIA

En todos los textos, el recurso a los tribunales judiciales o arbitrales es subsidiario, para el caso en el que la otra parte no ha accedido a renegociar o cuando las partes no han llegado a un acuerdo en un tiempo prudencial. En estas situaciones, cualquiera de las partes puede acudir al juez.

Según los textos analizados, una vez que el tribunal determina que se está en presencia de una situación de *hardship*, si lo considera razonable puede resolver el contrato en la fecha y condiciones que establezca o «adaptar el contrato con miras a reestablecer su equilibrio» (Principios UNIDROIT), «adaptar el contrato para distribuir entre las partes de un modo justo y equitativo las pérdidas y ganancias resultantes del cambio de circunstancias» (*PECL*) o «modificar la obligación a fin de hacerla más razonable y equitativa en las nuevas circunstancias» (*DCFR*) (71). Por los términos en los que se expresan los textos, parece claro que el poder del juez no es ilimitado: no está previsto que cree nuevas reglas contractuales, sino que consiste en reequilibrar las ya pactadas (72). A estas dos posibles salidas de la situación, los comentarios de UNIDROIT y *PECL* añaden la posibilidad de que, en la situación concreta, la solución pase bien por pedir a las partes que reanuden las

(68) *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 42. En este tipo de contratos, la modificación del contrato podría plantearse para un periodo de tiempo concreto, por ejemplo, mientras duren las medidas adoptadas o el plazo que las partes consideren razonable (*vid.* GÓMEZ POMAR y ALTI SÁNCHEZ-AGUILERA, «Cláusula *rebus sic stantibus*», respecto del derecho portugués, p. 546).

(69) Así lo contemplan expresamente el artículo 6:111(2) *PECL*.

DÍEZ SOTO y GONZÁLEZ PACANOWSKA insisten en que en la situación actual es fundamental proceder de manera flexible, atendiendo a las circunstancias de cada caso, «sin consideraciones apriorísticas sobre un determinado orden de prelación de remedios», cuando no haya una norma que lo imponga («Los Principios de UNIDROIT y los efectos derivados del COVID-19», p. 234).

En el ámbito español, varios autores han puesto de relieve los inconvenientes que genera para el sistema jurídico y social la posibilidad de que, en las circunstancias actuales provocadas por la COVID-19, el remedio resolutorio o la terminación de los contratos se extiendan (GANUZA y GÓMEZ POMAR, «Los instrumentos», pp. 571 y 572); MORALES MORENO, «El efecto de la pandemia en los contratos», p. 449 y GREGORACI («El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español», pp. 473 a 475).

(70) *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 9.

(71) En la Propuesta FIDE, se da prioridad a la revisión del contrato: «En caso de no llegarse a un acuerdo, la parte perjudicada por el mantenimiento del contrato podrá pretender su revisión, y si esta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución». «La pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato».

(72) BRUNNER, C., *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles. Exemption for Non-Performance in International Arbitration*, p. 501.

negociaciones con el objetivo de llegar a un acuerdo, o bien mantener el contrato en los términos inicialmente pactados (73).

El reconocimiento de amplios poderes al tribunal puede ser contemplado como un incentivo a las partes para alcanzar un acuerdo de renegociación y evitar someterse a la discrecionalidad del juez. Además, se evitan retrasos en la solución de la controversia, aspecto este último especialmente relevante, teniendo en cuenta la situación de colapso en la que puede quedar el sistema judicial si, como es previsible, el recurso a los tribunales se ve considerablemente incrementado para dar solución a las controversias surgidas como consecuencia de la COVID-19 y las medidas adoptadas para afrontarla (74).

V. LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS DE *HARDSHIP* EN LOS CONTRATOS

A diferencia de la figura de la excesiva onerosidad, las cláusulas de *hardship* son un mecanismo a través del cual, *ex ante*, las partes asumen y reglamentan los efectos del cambio sobrevenido de las circunstancias sobre el contrato. Esto significa que cuando las partes incluyen una cláusula específica sobre excesiva onerosidad o *hardship* en el contrato, lo previsto en dicha cláusula desplaza la aplicación de las disposiciones generales sobre *hardship* (75).

Para analizar dichas cláusulas en el contexto provocado por la pandemia, conviene distinguir entre aquellas cláusulas que se pactaron antes de la aparición de la COVID-19 y las que se han incorporado a los contratos con posterioridad.

1. LAS CLÁUSULAS DE *HARDSHIP* DE LOS CONTRATOS ANTERIORES A LA COVID-19

Existen contratos celebrados antes de la aparición de la COVID-19 que incorporaron cláusulas de *hardship* en un momento en el que era imprevisible la aparición de una pandemia mundial como consecuencia de la COVID-19. Es necesario determinar qué sucede con ellas; en concreto, su potencial aplicación a la situación provocada por la COVID-19. En esta tarea, se pueden plantear varios problemas.

En primer lugar, existen contratos en los que se ha incluido una cláusula que contempla una atribución de riesgos de alcance general. En ellos es necesario determinar si se entiende que dicha cláusula resulta también aplicable a la situación extraordinaria y excepcional provocada por la COVID-19. En este punto se han manifestado dos posturas: por un lado, la que sostiene que hay que interpretar la

(73) Artículo 6:111 *PECL*, Comentario D; Artículo 6.2.3 Principios UNIDROIT, Comentario 7 e insiste sobre ello la *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 44.

(74) Díez Soto y González Pacanowska, «Los Principios de UNIDROIT y los efectos derivados del COVID-19», p. 233.

(75) *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 32, con motivo de las cláusulas de fuerza mayor, pero extensible a las cláusulas de *hardship*.

cláusula en cuestión para determinar su aplicabilidad o no (76), y por otro, la que defiende que una cláusula que asigne todos los riesgos de forma general incluye necesariamente el riesgo de la COVID-19 (77).

En segundo lugar, en ocasiones, se incluye en el contrato una cláusula de *hardship* que contiene un listado con los acontecimientos calificados como causas de excesiva onerosidad, que puede plantear problemas de interpretación en las circunstancias derivadas de la COVID-19 (78). Es habitual encontrar en estas cláusulas menciones a acontecimientos como catástrofes naturales, guerras, explosiones, averías de maquinaria, huelgas, prohibiciones públicas, pero no es frecuente encontrar referencias a pandemias mundiales (79). En este caso, la tarea interpretativa debe hacerse en dos sentidos: por un lado, determinar si el listado es meramente ejemplificativo o si, por el contrario, tiene carácter exhaustivo (80). Por otro lado, en el caso de que no haya una referencia a la pandemia como causa de *hardship*, se plantea la cuestión de si puede considerarse incluida bajo expresiones generales como «crisis sanitaria» o «catástrofe natural», o si, por el contrario, hay que considerar que no resulta aplicable a esta situación tan extraordinaria y excepcional.

Por supuesto, antes de realizar la necesaria tarea interpretativa, hay que estar a las circunstancias concretas del caso para valorar si se cumplen los requisitos exigidos para hacer valer la excesiva onerosidad (acontecimiento imprevisible al tiempo de contratar y fuera de la esfera de control) (81).

2. LAS CLÁUSULAS DE «COVID-19»

Transcurrido más de un año desde el inicio de la pandemia, todavía hay incertidumbre respecto a su duración y a la evolución de la vacunación que se ha iniciado de forma muy desigual. Además, en los meses transcurridos, se han vivido varias olas en las que las autoridades han adoptado medidas de diferente calado según la intensidad de los contagios en cada momento. De hecho, en el mes de abril de 2021, muchos países europeos han vuelto a medidas restrictivas de la movilidad. Por ese motivo, como anuncia la *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, es muy probable que las partes tengan interés en incluir

(76) DÍEZ SOTO y GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Los Principios de UNIDROIT y los efectos derivados del COVID-19», p. 230 y GREGORACI, «El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español», pp. 466 y 467.

(77) CARRASCO PERERA, Á., en «Permítame que le cuente la verdad sobre COVID-19 y fuerza mayor», CESCO, 17 de abril 2020, p. 2 y vuelve sobre ello en CARRASCO PERERA, Á., «¿Podemos excluir por contrato la regla *rebus sic stantibus*? Un modelo lógico normativo del cierre del sistema», CESCO, 20 de junio 2020, pp. 2-3.

(78) *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 48.

(79) *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 32, sobre cláusulas de fuerza mayor, pero extensible a las cláusulas de *hardship*.

(80) En el ámbito específico de los contratos a medida (intensamente negociados) y contemplando la intervención en ellos con medidas generales, GANUZA y GÓMEZ POMAR estiman más prudente dejar que los instrumentos específicos tengan preferencia sobre los generales, aunque no estuvieran pensados para la pandemia y sus consecuencias («Los instrumentos», pp. 580 y 581).

(81) DÍEZ SOTO y GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Los Principios de UNIDROIT y los efectos derivados del COVID-19», p. 200.

cláusulas específicas sobre *hardship* (82) tanto en los contratos ya existentes, en la medida en que están sujetos a renegociación, como en los contratos que se celebren a partir de ahora (todavía en la pandemia y después de la pandemia).

Las cláusulas que se incorporen a los contratos pueden tener un contenido muy diverso (83): (1) incluir disposiciones detalladas sobre las condiciones que ha de reunir la excesiva onerosidad provocada por la COVID-19 o las medidas adoptadas, más ajustadas a las circunstancias concretas, como por ejemplo, limitar el derecho a invocar la excesiva onerosidad dependiendo de la extensión territorial de la medida o de la duración de la medida; (2) atenuar algunos de los requisitos o exigencias que establecen las normas generales, por ejemplo, excluyendo el requisito de la imprevisibilidad (84); (3) respecto de las consecuencias, pueden, por ejemplo, incluir aspectos relativos a la renegociación de los términos del contrato, como puede ser el lugar, la duración de la negociación, los objetivos y contemplar sus efectos sobre la ejecución del contrato (indicando si continua o se suspende temporalmente), o determinar qué sucede si no se llega a un acuerdo en la renegociación, por ejemplo, contemplando la resolución del contrato o su mantenimiento en los términos inicialmente pactados, o el sometimiento a un sistema de mediación (85).

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Creo que este ensayo general que hemos vivido y estamos viviendo con la pandemia derivada de la COVID-19 nos está mostrando cosas importantes. Una de ellas es que las circunstancias pueden cambiar de forma radical en un espacio de tiempo muy corto y que es necesario dar una respuesta ágil y rápida a muchas situaciones que se plantean en la ejecución de los contratos. La capacidad de reacción y de adaptación es fundamental para evitar daños mayores. Como ya apunté, en el ámbito interno, creo que la solución a los problemas planteados por la COVID-19 en el entramado de contratos no se encuentra en las figuras generales del derecho de contratos como la cláusula *rebus sic stantibus* o su equivalente en

(82) *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 45.

(83) *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 45.2 (con motivo de las cláusulas de fuerza mayor).

(84) *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 45.1 (con motivo de las cláusulas de fuerza mayor).

(85) *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 45.3 (con motivo de las cláusulas de fuerza mayor).

La propuesta de cláusula de onerosidad excesiva (*hardship*) de la *Internacional Chamber of Commerce* (ICC) reconoce que uno de los aspectos más controvertidos suele ser la posibilidad de que un tercero (juez o tribunal) intervenga para adaptar el contrato en caso de que las partes no alcancen un acuerdo de solución negociada. Por eso propone tres opciones de redacción: (A) que la parte que invoque la cláusula tenga derecho a resolver el contrato, pero no pueda solicitar a un juez o árbitro su adaptación sin el acuerdo de la otra parte; (B) que cualquiera de las partes tenga derecho a solicitar al juez o árbitro que adapte el contrato para reestablecer su equilibrio o para resolverlo, según corresponda; (C) que cualquiera de las partes tenga derecho a solicitar al juez o árbitro que declare la resolución del contrato. Disponible en <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/icc-clausulas-fuerza-mayor-hardship-marzo-2020.pdf>

los instrumentos del moderno derecho de contratos (excesiva onerosidad o *hardship*) (86), sino que debería pasar por una intervención del legislador con mecanismos de justicia distributiva (87).

Sea como fuere, los instrumentos de *soft law* nos proporcionan elementos valiosos que debemos tener en cuenta. Si tuviera que señalar la aportación más importantes de estos textos a las situaciones de excesiva onerosidad en la ejecución del contrato derivadas de la COVID-19, no dudaría en afirmar que consiste en contemplar como primera respuesta la llamada «renegociación por las partes», es decir, la búsqueda de un acuerdo entre partes para hacer frente a la situación. Es evidente que son ellas mismas las que están en mejores condiciones para buscar el restablecimiento del equilibrio contractual en una situación tan extraordinaria como la que se ha producido (88). Deben ser las partes las que voluntariamente reajusten el contrato o, si no es posible o conveniente, acuerden su resolución. Estoy convencida de que hay incentivar esta medida (que no imponer (89)) y aprender de lo que proponen respecto de ella los textos analizados (90).

Ante la falta de reconocimiento legal expreso de esta figura, y sin entrar a discutir su posible amparo en el deber de cooperación derivado del principio general de buena fe (91), otra aportación que nos brinda el moderno derecho de contratos tiene que ver con la posibilidad de que las partes incorporen al contrato una cláusula que contemple, *ex ante*, cómo se va a asumir y afrontar los efectos del cambio de circunstancias sobre la ejecución del contrato, anticipando las condiciones y exigencias para hacer valer la excesiva onerosidad, determinando el objetivo y la conducta que deben desarrollar las partes en la renegociación o anticipando las consecuencias de una falta de acuerdo entre ellas.

Si la solución es única para cada caso, que sean las partes *ex post*, a través de la negociación o *ex ante*, mediante la inclusión de una cláusula de excesiva onerosidad las que encuentren la solución que mejor se ajusta a sus intereses.

(86) En el mismo sentido, RODRÍGUEZ ROSADO, B. y RUÍZ ARRANZ, A. I., «Consecuencias de la epidemia: reequilibrio contractual y COVID-19», *Almacén de Derecho*, entrada del 16 de abril de 2020; GANUZA y GÓMEZ POMAR, «Los instrumentos», p. 561; MORALES MORENO, «El efecto de la pandemia en los contratos», pp.449 a 452.

(87) MORALES MORENO, «El efecto de la pandemia en los contratos», pp. 453 y 454.

(88) Como dice la *Nota COVID-19 del Secretariado de UNIDROIT*, n.º 44, al menos en los contratos celebrados antes de finales de 2019 o las primeras fases de la crisis sanitaria, la pandemia y las medidas adoptadas pueden ser una ocasión para un cierto reparto de las pérdidas ocasionadas por las circunstancias siempre que el caso concreto lo permita.

(89) En contra de su imposición: MORALES MORENO, «El efecto de la pandemia en los contratos», p. 451 y GREGORACI, «El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español», p. 468.

(90) En este sentido se han pronunciado con motivo de la COVID-19, los Principios *ELI* y la propuesta de FIDE. Más datos en Díez Soto y González Pacanowska, «Los Principios de UNIDROIT y los efectos derivados del COVID-19», pp. 231 y 232. Estos autores consideran que esta solución permite preservar los contratos como sustrato de la vida económica y evitar el colapso judicial. Según estos autores, el principio general de buena fe se concreta no solo en la facultad de requerir una negociación, sino, en «deber» de la otra parte de ser receptiva a esta iniciativa.

(91) En general, ORELLANA, L., «El deber de renegociación», pp. 445 a 448, y con motivo de la COVID-19, Díez Soto y González Pacanowska, «Los Principios de UNIDROIT y los efectos derivados del COVID-19», p. 232.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BRUNNER, C., *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles. Exemption for Non-Performance in Internantional Arbitration*, Kluwer Law International, La Haya, 2009.
- CARRASCO PERERA, Á., «Permítame que le cuente la verdad sobre COVID-19 y fuerza mayor», *CESCO*, 17 de abril 2020.
- CARRASCO PERERA, Á., «¿Podemos excluir por contrato la regla *rebus sic stantibus*? Un modelo lógico normativo del cierre del sistema», *CESCO*, 20 de junio 2020.
- CODERCH, S., «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *Indret*, 4.2009, pp. 1-60.
- DE LA MAZA, Í., Pizarro, C. y Vidal, Á., *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Texto, presentación y contenidos fundamentales*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017.
- DÍEZ SOTO, C. y González Pacanowska, I., «Los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales y los efectos derivados del COVID-19 sobre las relaciones contractuales: una perspectiva desde el Derecho español», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2021, vol. 13, n.º 1, pp. 180-237.
- DÍEZ-PICAZO, L., Roca Trías, E. y Morales, A. M., *Los Principios de Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002
- FUNDACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN SOBRE EL DERECHO Y LA EMPRESA, *Propuesta de regulación legal de la excesiva onerosidad de la prestación y de la frustración del fin del contrato a la luz de la jurisprudencia sobre la cláusula «rebus sic stantibus»*, 2020, disponible en <https://thinkfide.com/propuesta-de-regulacion-legal-de-la-excesiva-onerosidad-de-la-prestacion-y-de-la-frustracion-del-fin-del-contrato-a-la-luz-de-la-jurisprudencia-sobre-la-clausula-rebus-sic-stantibus/>
- GANUZA, J. J. y Gómez Pomar, F., «Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso», *Indret*, 2.2020, pp. 558-584.
- GÓMEZ POMAR, F. y Alti Sánchez-Aguilera, J., «Cláusula *rebus sic stantibus*: viabilidad y oportunidad de su codificación en el derecho civil español», *Indret*, 1.2021, pp. 502- 577.
- GREGORACI, B., «El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español», *ADC*, 2020, II, pp. 455-490.
- INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, *Note of the Unidroit Secretariat on The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Covid-19 Health Crisis* (15 de julio 2020), disponible en <https://www.unidroit.org/english/news/2020/200721-principles-covid19-note/note-e.pdf>, fecha de consulta 24 de abril de 2021.
- JEREZ DELGADO, C. (coord.), *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.
- LANDO, O. y Beale, H. (edit.), *Principles of European Contract Law*, parte I y II, preparados por *The Commission of European Contract Law*, Kluwer, La Haya, 2000.
- MCKENDRICK, E., «Chapter 6, Performance, Section 2: Hardship, Articles 6.2.1 and 6. 2. 3», en Vogenauer, S. (edit.), *Commentary on de UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 806-822.

- MOMBERG URIBE, R., «La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobrevenida», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, n.º 1, 2010, pp. 43 a 72.
- MOMBERG URIBE, R., “Change of Circumstances in International Instruments of Contract Law. The Approach of the CISG, the PICC, the PECL and the DCFR”, *Vindobona Journal of International Commercial Law*, 2011, vol. 15, II, pp. 233-266.
- MORALES MORENO, A. M., «El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución?», *ADC*, 2020, II, pp. 447-454.
- ORELLANA, L., «El deber de renegociación del contrato en caso de excesiva onerosidad», en Hornero Méndez, C., Espejo Lerdo de Tejada, M. y Oliva Blázquez, F. (dir.), *Derecho de Contratos: Nuevos Escenarios y Nuevas Propuestas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 437-458.
- RODRÍGUEZ ROSADO, B. y Ruíz Arranz, A. I., «Consecuencias de la epidemia: reequilibrio contractual y COVID-19», *Almacén de Derecho*, entrada del 16 de abril de 2020 disponible en <https://almacendederecho.org/consecuencias-de-la-epidemia-reequilibrio-contractual-y-covid-19>
- SAN MIGUEL PRADERA, L. P., «La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea», *ADC*, 2002, III, pp. 1115-1132.
- SAN MIGUEL PRADERA, L. P., «De la imprevisión al cambio de circunstancias en los PLDC: Una mirada desde el derecho comparado», en Vidal Olivares, Á. y Severín Fuster, G., *La armonización del derecho de contratos en Latinoamérica. Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Una mirada desde el derecho europeo*, LegalPublishing, Santiago de Chile, 2020, pp. 389-416.
- VON BAR, C., Clive, E. y Schulte-Nölke, H. (edit.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, preparados por el *Study Group on a European Civil Code* y el *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, Sellier, Munich, 2009.

FUERZA MAYOR

Carlos GÓMEZ LIGÜERRE*

Resumen

El artículo 1105 CC exonera de responsabilidad a quienes no pueden cumplir sus obligaciones por sucesos no previstos o que, aunque lo hubieran sido, son inevitables. El precepto incorpora, así, la regla general sobre la imposibilidad en el cumplimiento de las obligaciones en nuestro Código. La ausencia de una regulación de la cláusula rebus o sus equivalentes funcionales ha propiciado históricamente que la imposibilidad que contempla el artículo 1105 CC se empleara como el fundamento normativo –acaso, el pretexto– para ajustar el equilibrio contractual tras una alteración sobrevenida de circunstancias. Ahora que, a resultas de la pandemia, abundan las propuestas de regulación de la cláusula rebus en nuestro ordenamiento, parece pertinente deslindar esa figura de las doctrinas sobre la imposibilidad.

Palabras clave

Fuerza mayor, caso fortuito, imposibilidad, rebus sic stantibus.

Abstract

Spanish private law lacks a general regulation of the rebus sic stantibus doctrine. The absence of regulation has not prevented Spanish courts to apply the doctrine and to adjust contracts to the situation caused by supervening adverse circumstances. However, the absence of a clear legal basis has blurred the distinction between the situation covered by the rebus doctrine and, specially, the case that impossibility doctrines intent to redress. Impossibility in contract law is generally ruled by article 1105 of the Spanish Civil Code. The article allows to the party affected by the impossibility to discharge the contract without incurring in contractual liability. This is clearly not the goal pursued by the rebus doctrines, but the renewed interest in such doctrines after the contractual crisis provoked by the pandemics, advises to distinguish between the cases of impossibility and those in which performance, though still possible, has become harder than expected.

* Profesor titular de Derecho Civil. Universitat Pompeu Fabra. [carlos.gomez@upf.edu]

Keywords

Force majeure, *frustration*, *impossibility*, *rebus sic stantibus*.

SUMARIO: I. La fuerza mayor en los tiempos de la *rebus*. II. Los perfiles normativos de la imposibilidad. III. La configuración legal de la exoneración. IV. Lo imprevisible y lo inevitable. V. Simetría informativa y voluntad hipotética. VI. Bibliografía.

I. LA FUERZA MAYOR EN LOS TIEMPOS DE LA *REBUS*

La pandemia ha puesto a prueba, entre muchas otras cosas, nuestro sistema jurídico. En especial, su capacidad de respuesta ante un acontecimiento que ha impactado de manera sistémica en muchas, quizá en todas, las obligaciones pendientes de cumplimiento. El desastre jurídico y económico ha sido de tal magnitud que es ciertamente pertinente el esfuerzo al que contribuye la obra en la que se incluye esta contribución. Vale la pena revisar los rescoldos que deja la crisis para aprender y buscar soluciones sensatas para esta y otras situaciones similares que puedan acaecer en el futuro.

Las medidas adoptadas para la contención de la pandemia y la protección de la salud de las personas han retrasado el cumplimiento de muchos contratos y han imposibilitado el cumplimiento de tantos otros. El legislador ha intentado reconducir la situación en que se encontraban acreedores y deudores de diversas prestaciones típicas, como arrendadores y arrendatarios, e, inevitablemente, prever soluciones de emergencia de índole concursal. Sin embargo y pese al esfuerzo llevado a cabo, la pandemia ha puesto de manifiesto la falta de aptitud de nuestro derecho de obligaciones para dar una respuesta cabal a las consecuencias económicas de la crisis sanitaria.

Lo anterior, con todo, no debe entenderse necesariamente como una carencia de nuestro derecho privado. El derecho de obligaciones y contratos hace posible la existencia de los mercados, pero la determinación de las normas básicas de funcionamiento de estos mercados no corresponde a las normas civiles o mercantiles. Una crisis de mercado exige soluciones regulatorias generales y no parece una buena política legislativa confiar la solución de problemas generales al agregado de decisiones judiciales que resuelvan casos particulares.

En todo caso y, de nuevo sin perjuicio de las soluciones adoptadas por la legislación de emergencia, la crisis ha reactivado el debate sobre la conveniencia de incorporar a nuestro Código Civil una regulación de la cláusula *rebus sic stantibus* (1). La explicación de la cláusula, los requisitos tradicionalmente exigidos por la

(1) Abundan, lógicamente, en estos momentos, las propuestas académicas y profesionales para su codificación. Para una revisión de todas ellas, GÓMEZ POMAR, F. y ALTI SÁNCHEZ-AGUILERA, J.,

jurisprudencia civil de nuestro país, así como sus múltiples variantes en los derechos de nuestro entorno ya han sido objeto de estudio en otras contribuciones de esta misma obra. Carece de sentido volver de nuevo sobre tales cuestiones. Lo que acaso puede tener sentido, y tal es el objetivo al que modestamente aspiran estas páginas, es llamar la atención sobre la conveniencia de coordinar tales propuestas con la regulación de los casos de fuerza mayor y caso fortuito ya contemplados en nuestro código. Al menos para evitar duplicidades, cuando no auténticas contradicciones.

Si la cláusula *rebus*, en alguna de sus modalidades(2) y a tenor de alguna de las propuestas formuladas en los últimos meses, entra finalmente en nuestro código, habrá que ver de qué modo se coordina esa nueva regulación con la ya contenida en el artículo 1105 CC.

El Derecho comparado da algunas orientaciones sobre la manera de coordinar, en su caso, la regulación de la fuerza mayor que imposibilita a cumplir y la alteración sobrevenida de las circunstancias que intentan canalizar las doctrinas de la *rebus*. En los ordenamientos de tradición anglosajona, en los que históricamente se ha partido de una idea de vinculación absoluta a los compromisos contractuales,(3) los supuestos de imposibilidad de cumplimiento, sea cual sea su causa, no difieren de otros en los que la prestación, aunque posible, es económicamente inviable.(4) En el *Common law*, de igual modo que en muchas de las propuestas normativas sobre la materia(5), los casos de “*Impossibility*” son solo una de las modalidades de la “*Frustration*” del contrato, una institución de contornos más amplios que los propios de la imposibilidad material y que incluye a esta junto a otros supuestos de pérdida sobrevenida del interés en el cumplimiento por razones económicas.(6)

«Cláusula *rebus sic stantibus*: viabilidad y oportunidad de su codificación en el derecho civil español», *InDret* 1.2021, pp. 502-577. Además, en el momento de escribir estas líneas sigue pendiente de cumplimiento la instrucción al Gobierno que incluyó la Disposición Adicional séptima de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, en cuya virtud: «El Gobierno presentará a las comisiones de Justicia del Congreso de los Diputados y del Senado, en un plazo no superior a tres meses, un análisis y estudio sobre las posibilidades y opciones legales, incluidas las existentes en Derecho comparado, de incorporar en el régimen jurídico de obligaciones y contratos la regla *rebus sic stantibus*. El estudio incluirá los datos disponibles más significativos sobre el impacto de la crisis derivada de la COVID-19 en los contratos privados».

(2) Véase, MARTÍNEZ VELENCOSO, L., *La alteración de las circunstancias contractuales*, Civitas, 2003; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, 2003; y, más recientemente, ORDUÑA MORENO, F. J., *Cláusula rebus y modernización del derecho contractual: tratamiento doctrinal y jurisprudencial*, Francis Lefebvre, 2020.

(3) Véase, TREITEL, Günter H., *The Law of Contract*, 15th edition by Edwin Peel, Sweet&Maxwell, 2020, pp. 925 y ss.

(4) Sobre el tema, en extenso, TREITEL, G. H. *Frustration and Force Majeure*, 3rd edition, Sweet&Maxwell, 2014.

(5) Para una presentación y análisis conjunto de todas ellas RÜFNER, T., “Change of Circumstances”, en Zimmermann, Reinhard y Jansen, Nils (editors), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2018, pp. 899-911. También, SAN MIGUEL PRADERA, L. P., «La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea», *Anuario de Derecho Civil*, 2002, pp. 115-1132.

(6) En la versión más radical de este entendimiento de las cosas, el derecho uniforme que aplican las jurisdicciones de los Estados Unidos de América maneja el concepto de “*Commercial impracticability*” para referirse a la desaparición sobrevenida del sentido económico del intercambio que, por tal motivo, aunque posible, deviene inexigible. Así, el §2-615 del *Uniform Commercial Code* (*Excuse*

En la Europa continental, la regulación de la cláusula *rebus* o sus equivalentes se ha hecho compatible con las previsiones en materia de fuerza mayor o imposibilidad material de cumplir. (7) Tal es el caso del *Code civil* francés, que incorporó una regulación sobre la alteración sobrevenida de circunstancias en el vigente artículo 1195 *Code* con motivo de la última reforma de su derecho de obligaciones. La previsión legal, de nuevo cuño en aquella cultura legal, mantuvo la vigencia de la disposición general sobre imposibilidad del cumplimiento por causa de fuerza mayor (*l'impossibilité d'exécuter*) que se contiene en el artículo 1351 *Code*, que se complementa con el régimen especial para los casos de pérdida de la cosa que contempla el artículo 1351-1 *Code*.

En el *Codice civile* italiano, la regulación de la excesiva onerosidad y la solución legal a ese supuesto en su artículo 1467, convive con la previsión del artículo 1218 del mismo texto legal, que libera de responsabilidad al deudor que incumple por causas que no le son imputables y cuyo principio se complementa con una detallada regulación de la imposibilidad sobrevenida en los artículos 1256 a 1259 *Codice civile*.

En Alemania, la codificación de las reglas sobre destrucción de la base del negocio (*Störung der Geschäftsgrundlage*) en el §313 BGB, que ha servido de modelo para muchas otras regulaciones europeas y algunas de las propuestas formuladas en nuestro país, (8) es compatible con la liberación del deudor cuya prestación deviene imposible en el §275 BGB (*Ausschluss der Leitungspflicht*).

Las diferencias de trato pueden deberse al diferente sistema de remedios tradicionalmente seguido por cada una de las tradiciones jurídicas referidas. En los sistemas del *Civil law* la aceptación general de la pretensión de cumplimiento forzoso exige que el deudor que padece la imposibilidad pueda oponerla al acreedor que insiste en el cumplimiento de lo pactado. En la tradición del *Common law*, la preferencia generalizada por la indemnización de los daños en caso de incumplimiento facilita al acreedor el ajuste de su pretensión a los daños efectivamente causados por el incumplimiento, con independencia de sus causas. Si la intuición es correcta y las propuestas formuladas para una codificación de la cláusula *rebus* se concretan finalmente, nuestro Código engrosará la lista de los que regulan tanto la alteración sobrevenida de circunstancias y la exoneración de responsabilidad por imposibilidad de cumplir debida a causas de fuerza mayor o análogas.

En tal caso, la regulación o su interpretación judicial habrán de perfilar los ámbitos de aplicación de una y otra doctrina y distinguir cuándo resultan de aplicación. Una labor especialmente urgente en nuestro ordenamiento, pues el artículo 1105 CC, a falta de otro fundamento normativo, ha sido tradicionalmente invocado por quienes demandan ante los tribunales la adaptación de sus obligaciones contractuales al nuevo estado de cosas provocado por una alteración sobrevenida de las

by *Failure of Presupposed Conditions*). Sobre el tema, FARNSWORTH, A. E., *Contracts. Cases and Materials*, 9th edition, Foundation Press, 2019, pp. 1046-1086

(7) Para una visión comparada, entre otros, KÖTZ, H., *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Auflage, Mohr Siebeck, 2015, pp. 407-428.

(8) Señaladamente, la elaborada en el año 2009 por la Comisión General de Codificación en su Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. Sobre ella, SALVADOR CODERCH, P., «Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», *Indret* 4.2009.

circunstancias. (9) Será necesario distinguir el ámbito de aplicación de la imposibilidad y de la alteración de circunstancias, pues los remedios legales asociados a cada una de ellas son distintos y cumplen funciones diferentes.

II. LOS PERFILES NORMATIVOS DE LA IMPOSIBILIDAD

El artículo 1105 CC exonera de responsabilidad («*nadie responderá*» anuncia el precepto) a quien no puede cumplir las obligaciones que asumió a resultas de un suceso imprevisible o, aunque previsto, inevitable. La previsión legal evoca, en su laconismo, una doble intuición, cercana a una noción elemental de la justicia: nadie puede obligarse a lo imposible, a lo que no puede ser y, en consecuencia, no debería responder por no ser capaz de cumplirlo: *Ad impossibilia, nemo tenetur*. La ubicación sistemática del precepto, inmediatamente posterior a las previsiones sobre responsabilidad por dolo (art. 1102 CC) y por negligencia (art. 1103 CC) y los criterios legales de la diligencia exigible (art. 1104 CC) y justo antes de la determinación de las consecuencias del incumplimiento (cfr. arts. 1106 y 1107 CC), la revela la concepción del precepto como una excepción al régimen de responsabilidad diseñado por el código.

Aunque el precepto no los refiere directamente, sus dos supuestos de hecho –lo imprevisible y lo inevitable– se refieren a los casos de «fuerza mayor», el primero, y de «caso fortuito», el segundo. Dos escenarios que el código, como se verá, refiere expresamente en otros preceptos, en ocasiones como equivalentes y en otras con un presunto afán de establecer alguna diferencia entre ellos. Sin perjuicio de los matices que pueden acompañar a una y otra institución y a las diferencias materiales que separan lo imposible de lo inevitable, lo cierto es que el artículo 1105 CC unifica el tratamiento legal de ambos, a los que asocia la misma consecuencia exoneradora de la responsabilidad por el incumplimiento debido a tales circunstancias y que ambas pueden considerarse como facetas de la imposibilidad relevante a efectos legales en materia de cumplimiento de las obligaciones.

En todo caso, el precepto deja claro que el supuesto para su aplicación debe corresponderse con un «suceso» («*nadie responderá de aquellos sucesos*», especifica la norma para referir, en realidad, que no se responderá de las consecuencias derivadas de tales hechos). Por tanto, con un evento o acontecimiento externo a la relación contractual, identificable y, allí está lo más relevante, ajeno a la voluntad de las partes, fuera de su esfera de control. En consecuencia, que no sea imputable a ninguno de los contratantes, pues sucede sin culpa suya y no es el resultado de una previa infracción o incumplimiento de sus obligaciones. (10)

(9) Entre otras, las presentaciones del tema que se contienen en CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, 2.º ed., Aranzadi, 2017, pp. 946-971; y Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato*, tomo I, 6.ª ed., Civitas, 2007, pp. 246-249.

(10) BADOSA, F., «Artículo 1105», en Luis Díez-Picazo, Cándido Paz-Ares, Pablo Salvador, Rodrigo Bercovitz, *Comentario del Código civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 43, se define el suceso al que se refiere el artículo 1105 CC como un «[...] acontecimiento perjudicial y que excede absolutamente del concepto de diligencia».

La combinación de las ideas normativas de «suceso» con las de falta de previsibilidad o de inevitabilidad resulta en situaciones que impactan en la relación contractual sin que las partes hayan podido hacer nada por evitarlo. De esta forma, lo imprevisible o inevitable excluye, por un lado, la culpa de uno o ambos contratantes. Una culpa que, de concurrir, tendrá diferentes consecuencias en función de que la imputación de lo hecho u omitido por culpa sea imputable al acreedor o al deudor de la prestación perjudicada. Por otro lado, la misma idea de ajenidad, puesta en relación con la cronología de hechos que asume el precepto, supone que la imposibilidad debe ser posterior a la conclusión del contrato y que en aquel momento o era imprevisible o, sin perjuicio de lo que se dirá, inevitable. De otro modo, la prestación no podría haber llegado a ser el objeto necesario de todo contrato (cfr. art. 1272 CC).

La intuición que subyace al precepto colisiona; sin embargo, con otra, también cercana a un sentido elemental de justicia y propia del contrato como mecanismo de distribución de riesgos sobre el devenir de los acontecimientos posteriores a su conclusión. Conforme a ella, la confianza en la palabra recibida exige la inmutabilidad de la palabra dada. Los contratos obligan con fuerza de ley (cfr. art. 1090 CC) e incurrir en responsabilidad los que de cualquier modo contravinieren el tenor de sus cláusulas (cfr. art. 1101 CC): *Pacta sunt servanda*. Principios respecto de los que la exoneración de responsabilidad por fuerza mayor es una excepción de nota. Acaso la única que un sistema contractual puede prever de manera general y siempre con la prudencia que supone socavar el concepto mismo de vinculación contractual.

Por tal razón, el principio conforme al cual el obligado queda liberado cuando es víctima de la imposibilidad no es de aplicación universal. El artículo 1105 CC asocia la exoneración por fuerza mayor o caso fortuito a que la ley o el pacto entre las partes no prevean otra cosa. Por tanto, a que en contra de esa intuición básica que excluye la imposibilidad del ámbito de lo exigible, quepa la responsabilidad de quien, a pesar de haberse obligado a lo que no puede cumplir, habrá de responder por ello.

El precepto es rotundo. La exoneración de responsabilidad solo procede «Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación». El artículo 1105 CC es una norma de textura peculiar. Es, a la vez, una norma dispositiva, pues puede ser desplazada mediante pacto en sentido contrario, y una norma que se aplica, por defecto, en ausencia de una norma legal específica que, por tanto, resulte de aplicación preferente y altere las previsiones de la regla general. La arquitectura del precepto da razón de las cautelas del codificador, enfrentado a los principios opuestos de vinculación contractual y de exoneración por razón de la imposibilidad sobrevenida.

III. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA EXONERACIÓN

La primera de las condiciones de las que depende la exoneración por fuerza mayor o caso fortuito en el artículo 1105 CC es que la ley no haya dispuesto otra cosa para el supuesto de imposibilidad del cumplimiento por tales causas. Algo que sucede en muchos casos, cuya revisión da razón de la función normativa que cum-

ple la liberación de responsabilidad por imposibilidad. Sin perjuicio de los ejemplos dispersos en varias leyes especiales (acaso en materia contractual los mejores ejemplos son los contenidos en los artículos 75, 76 y 160 TRLGDCU) el propio código contiene ejemplos suficientes para intuir la lógica que subyace a las exclusiones legales de responsabilidad por imposibilidad y, lo que parece más relevante al efecto que persiguen estas líneas, a los casos en que, a pesar de la imposibilidad, el código mantiene inalterado el esquema de responsabilidades previo al suceso imprevisible o inevitable.

La exoneración de responsabilidad de quien padece la imposibilidad de cumplir que prevé con carácter general el artículo 1105 CC tiene su correspondencia legal más clara en los artículos 1182 y 1184 CC en materia de, respectivamente, la pérdida de la cosa debida y la imposibilidad legal o material de cumplir con una obligación de hacer. A la primera de esas previsiones se remite, entre otros, el artículo 1452 CC al disciplinar la atribución de riesgos por la cosa comprada, cuya complejidad excede del objetivo de esta contribución.

El código recuerda el mismo principio con motivo de la regulación de algunos tipos contractuales. Así, en el artículo 1563 CC, sobre arrendamientos, para excluir la responsabilidad del arrendatario por los deterioros de la cosa que se producen sin culpa suya. También en sede de arrendamientos, aunque esta vez, rústicos, el artículo 1575 CC, con un complejo sistema para la rebaja de la renta por la pérdida de frutos por «*casos fortuitos e imprevistos*», que el precepto identifica con ánimo ejemplificativo como «*el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro igualmente desacostumbrado, y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever*». El artículo 1602 CC exonera, por su parte, al transportista de los daños causados por caso fortuito o fuerza mayor. En el artículo 1784 CC, la responsabilidad por el depósito decae solo en casos de fuerza mayor, que el precepto hace equivalentes a los de una gravedad indudable cuando prevé que tal exoneración de responsabilidad por la pérdida de las cosas depositadas se deberá a sucesos como el «*robo a mano armada, o sean ocasionados por otro suceso de fuerza mayor*».

La imposibilidad de mantener las garantías dadas es, además, motivo de pérdida del beneficio del plazo en el artículo 1129-3.º CC y reduce el ámbito de elección del deudor en el supuesto de obligaciones alternativas (art. 1136 CC).

En el ámbito de responsabilidad extracontractual, el artículo 1905 CC abre la puerta a la exoneración del poseedor de un animal cuando los daños que este cause sean debidos a fuerza mayor (además de a la culpa de la víctima). El artículo 1908 CC, por su parte, libera de responsabilidad al propietario de la caída de los árboles que se produzca por fuerza mayor.

Se trata, en los ejemplos legales referidos, de supuestos en los que la imposibilidad se debe a la pérdida o perjuicio de la cosa debida o que es objeto del contrato o a sucesos, fenómenos o acontecimientos ajenos a la esfera de control de quien, de otro modo, debería responder por lo sucedido. La misma idea que subyace al artículo 1105 CC cuando declara la ausencia de responsabilidad por imposibilidad de cumplir. El impacto que tiene esa exoneración de responsabilidad en el sinalagma obligacional la salva el Código reconociendo el *commodum representationis* al acreedor que pierde tanto la prestación, que ha devenido imposible, como la posibilidad de exigir responsabilidad a su deudor. Así, con carácter general el artículo

1186 CC, del que el artículo 1777 CC, en materia de depósito, es una manifestación. (11)

Sin embargo, la pérdida o imposibilidad, incluso las que se deban a supuestos imprevisibles o inevitables, son irrelevantes para determinados deudores a los que el código trata con especial rigor. Así sucede, por ejemplo, con el deudor moroso, que no puede beneficiarse de la exoneración por pérdida de la cosa prevista por el artículo 1182 CC. Una lógica también presente en el artículo 1589 CC, sobre contrato de obra. De igual modo, el comodatario que emplea la cosa para un uso distinto al acordado o que la retiene por más tiempo del previsto, que es responsable de la pérdida de la cosa durante o con motivo de tales excesos, aunque sea por caso fortuito (cfr. art. 1744 CC). En el artículo 1488 CC quien vendió un bien con vicios ocultos no se libera de su responsabilidad, aunque la cosa se pierda por caso fortuito.

De forma similar, el artículo 1891 CC responsabiliza al gestor oficioso negligente, incluso en el caso de que el perjuicio proceda de un caso fortuito. También el artículo 1896 CC, para quien acepta de mala fe el pago de lo indebido para el caso de pérdida de lo recibido (salvo que el mismo suceso «*hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó*»).

Se trata de casos en los que la pérdida de la exoneración de responsabilidad por fuerza mayor o caso fortuito se asocia a un comportamiento previo especialmente negligente o desconsiderado del deudor. Fuera del ámbito estrictamente obligacional, la misma idea está presente en el artículo 457 CC, sobre responsabilidad del poseedor de mala fe.

La pérdida del beneficio de la exoneración de responsabilidad actúa como una suerte de sanción o, dicho de otro modo, se configura como un desenlace que puede beneficiar no solo a quien fue víctima de lo imprevisible o lo inevitable, sino a quien, además, lo fue en unas circunstancias tales en las que disponía de título o justificación legal suficiente para tener o retener la cosa en su poder. Y en ausencia de tal justificación, la pérdida o perjuicio de la cosa, aunque se deba a sucesos ajenos a la esfera de control del deudor, no es causa de exclusión de su responsabilidad. La imposibilidad sobrevenida no beneficia a quien hubiera evitado sus efectos de haber actuado o cumplido correctamente.

Parece oportuno sugerir que la regulación o, al menos, la aplicación de la cláusula *rebus* dé también relevancia a este extremo y que exceptúe su aplicación al deudor moroso o incumplidor en el momento en que tuvo lugar la alteración sobrevenida de las circunstancias.

IV. LO IMPREVISIBLE Y LO INEVITABLE

Ambos aspectos, aquello que deba considerarse imprevisible y aquello que sea inevitable, conforman lo que el artículo 1105 CC concibe como imposible y, por tanto, inexigible. El precepto, que no emplea el término «imposibilidad», se limita a señalar los perfiles que esta debe reunir. El problema es que el tenor literal del

(11) Sobre el tema, en extenso, PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad civil contractual. (Materiales para un debate)», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp. 1019-1092.

artículo, tras hacer referencia a la objetividad de la ley y a la, en su caso, incuestionable existencia del pacto, introduce elementos que pueden ser leídos en clave subjetiva: lo que es o puede considerarse como imprevisible o lo que es o puede considerarse como inevitable. No debería entenderse de este modo. La mención a un «suceso» que contiene el precepto y los ejemplos legales en que opera la exoneración a los que ya se ha hecho referencia en el apartado anterior dan razón de una imposibilidad objetiva, que afectaría a cualquier contratante en la misma situación y circunstancias, y externa a su ámbito de control.

Sin embargo, el tenor literal del precepto parece dar relevancia a consideraciones subjetivas cuando suma lo inevitable a lo imprevisible. Lo segundo no pudo ser, por hipótesis, tenido en cuenta al contratar. Lo primero; sin embargo, pudo ser conocido y anticipado y su consideración como un supuesto exonerador de la responsabilidad parece tratar con especial deferencia al contratante poco precavido.

El problema tiene que ver con la cronología de aplicación del artículo 1105 CC. Sus previsiones se refieren al momento de nacimiento de la obligación, y despliegan su eficacia durante toda la vida de la misma. La imposibilidad puede afectar a cualquiera de las fases previas al cumplimiento, además de al cumplimiento mismo. La propia dinámica temporal del supuesto de hecho de la norma lleva a comparar; sin embargo, lo previsto o lo pactado con lo finalmente sucedido y es difícil no ser arrastrado por el sesgo retrospectivo de quien analiza el pasado con los datos que aporta el presente. Y allí puede identificarse el solapamiento que se produce entre la imposibilidad debida por fuerza mayor o caso fortuito y el advenimiento sorpresivo de circunstancias adversas que alteran el equilibrio contractual que se encuentra en la base de las doctrinas que conforman la cláusula *rebus* y sus equivalentes.

En realidad, la imprevisibilidad y la inevitabilidad a que hace referencia el artículo 1105 CC deben entenderse como los elementos de la imposibilidad a la que la norma asocia su eficacia exoneradora de la responsabilidad. Un suceso que las partes no pudieron anticipar (imprevisible) y que, una vez acaecido, imposibilita el cumplimiento sin que la parte afectada pueda hacer nada por evitarlo (inevitable).

La consideración subjetiva de la imposibilidad dificulta, en fin, distinguirla de los casos que pretenden resolver las doctrinas de la *rebus*. Fuera de los casos en que la obligación es personalísima, la imprevisión o la inevitabilidad del suceso que afecta al cumplimiento de la obligación pueden ser reconducidos con un incremento de la inversión en el contrato y su programa por parte de la parte obligada. De manera muy clara en el caso de obligaciones genéricas. De esta forma, los casos de imposibilidad pueden ser también considerados como supuestos en los que el coste del cumplimiento, a resultas de la fuerza mayor o el caso fortuito que afecta a la parte obligada, es excesivamente oneroso, hasta el punto de que convierte el contrato mismo en un entramado de obligaciones que la parte perjudicada, si hubiera podido anticipar el estado de cosas que acompañan al cumplimiento, no hubiera asumido. Y desde este punto de vista, el solapamiento entre los casos de imposibilidad y de alteración sobrevenida de las circunstancias es evidente. Lo es porque tiende a considerarse que en ambos casos el objetivo es el de ajustar la situación causada por una alteración sobrevenida o cambio imprevisto a la que se había contemplado al contratar y que se ha visto alterada.

Con todo, la referencia a lo imprevisible o inevitable evoca casi necesariamente a lo subjetivo, a la percepción que las partes contratantes o, al menos, la parte afectada por la adversidad tuvo al contratar, sobre la evolución de los acontecimientos que debían acompañar la vida del contrato. Una visión tal puede diluir el análisis en el propio del error, o de la causa, y parece compadecerse de mala manera con la consideración necesariamente objetiva que ha de tener la imposibilidad que libera al deudor al que afecta.

La convivencia de la eficacia exoneradora de la imposibilidad con las doctrinas de la *rebus* exige que las primeras se reserven para los casos de «sucesos» que objetivamente imposibilitan el cumplimiento. (12) Casos en los que nadie en la posición del deudor afectado por la imposibilidad podría cumplir. Supuestos de imposibilidad material o legal de ejecutar la prestación que, de haber existido en el momento de contratar, hubieran excluido el pacto mismo. La cláusula *rebus* incorpora elementos más cercanos a las condiciones subjetivas de las partes y se refiere en la mayoría de sus formulaciones a la concurrencia de «circunstancias» adversas, una expresión más amplia que la de «suceso» que emplea el artículo 1105 CC y que da entrada a consideraciones subjetivas, que deberían ser ajenas a la doctrina de la imposibilidad.

V. SIMETRÍA INFORMATIVA Y VOLUNTAD HIPOTÉTICA

Tanto la imposibilidad como la *rebus* intentan ajustar la distribución de riesgos contractuales a la situación causada por un evento, imprevisible o inevitable, posterior a la conclusión del contrato y ajeno a la voluntad de los contratantes que altera los cálculos que hicieron al contratar. Tanto la imposibilidad sobrevenida como la alteración de circunstancias se refieren a partes contractuales que compartían la misma información al contratar –el suceso o el nuevo estado de cosas era imprevisible o considerado como inevitable por todos los contratantes– y que continúan compartiendo la misma información –la que provee el evento o nueva situación– tras el acaecimiento de la alteración del equilibrio contractual. Comparten, por tanto, el afán por adaptar la distribución de riesgos contractuales a una situación nueva y no prevista. Dicho de otro modo, a encontrar la solución a un problema que las partes no contemplaron al contratar.

La vinculación entre el desequilibrio contractual y la información de que disponían las partes al contratar explica el interés legal en destacar el carácter imprevisto o inevitable de la causa de la imposibilidad o la superveniencia de circunstancias adversas en la cláusula *rebus*. En ambos casos, el ordenamiento asume que las partes no estaban en condiciones de anticipar el desenlace. Dicho de otro modo, que el desequilibrio contractual no es el resultado del uso oportunista de la asimetría de la información de que disponen las partes al contratar, sino que suce-

(12) Se trata de la idea que contiene el primer apartado del §275 BGB cuando identifica la imposibilidad que afecta al deudor como una tal que afectaría a cualquiera en su posición (*Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.*)

de, precisamente, porque ninguna de las partes disponía de información relevante sobre el evento finalmente acaecido.

Fuerza mayor, caso fortuito y cláusula *rebus* se refieren a situaciones de simetría informativa entre las partes, tanto antes de contratar como en el momento en que se concreta el evento que desequilibra la distribución contractual de riesgos. La situación que el ordenamiento intenta reconducir es diferente a la que se produce en escenarios de asimetría informativa entre las partes sobre la distribución de los riesgos del contrato. (13) En tales casos, una de las partes sabe algo que la otra desconoce y la preocupación del Derecho consiste en determinar si esa asimetría entra dentro del ámbito normal de asignación de los riesgos del contrato o si, por el contrario, la asimetría es consecuencia del error excusable que incurrió una de las partes o de la actuación dolosa de la otra, que insidiosamente calló o mintió sobre los riesgos del contrato.

Sin embargo, existe una diferencia de nota entre el supuesto que contemplan las reglas sobre imposibilidad y el que es propio de las doctrinas de la *rebus*. En este último caso, las reglas legales, en los ordenamientos que han regulado la institución, de igual modo que las propuestas que se formulan en el nuestro, tienen por objetivo construir la voluntad hipotética de las partes. Escribir de nuevo el contrato para ajustarlo a la adversidad causada por las nuevas circunstancias, como si las partes hubieran contratado con conocimiento del nuevo estado de cosas. Por este motivo, se comprende que algunas de las propuestas de regulación de la *rebus* ubiquen su regulación en sede de integración de la voluntad contractual. Se trata de averiguar si existe un posible nuevo equilibrio entre las partes que mantenga su interés en contratar una vez que se ha producido el nuevo estado de cosas. De allí que las doctrinas sobre alteración de las circunstancias primen la renegociación, que habrá de consistir en una modificación de los términos del contrato original a las nuevas circunstancias. Una renegociación que, de fracasar, activa las reglas sobre resolución del contrato.

La función de las reglas sobre imposibilidad es diferente. El artículo 1105 CC, de igual modo que sus equivalentes, prescinde de la voluntad hipotética de las partes. Entre otras cosas, porque esa voluntad no hubiera tenido lugar si los contratantes hubieran podido anticipar la imposibilidad sobrevenida de cumplir. De allí la eficacia exoneradora de responsabilidad asociada a la imposibilidad. Las de imposibilidad son reglas de liquidación de la voluntad contractual, en absoluto diseñadas para su reconstrucción. Su ámbito de aplicación es más limitado que el propio de la *rebus*. Por un lado, porque su supuesto de hecho se refiere a la destrucción material, total o parcial, de la prestación o a la imposibilidad legal o material, objetiva y universal, en todo caso, de llevarla a cabo. Algo que debería ser menos discutible –y menos deseable– que una alteración de las circunstancias posterior a la contratación que dificulta o encarece una prestación que es materialmente posible. Por otro lado, porque la eficacia exoneradora de la imposibilidad y su impacto en el sinalagma obligacional aconseja acudir con extrema cautela a las reglas sobre imposibilidad.

(13) Sobre la distinción entre imperfecciones contractuales causadas por la asimetría de información entre los contratantes y las que suceden en escenarios de simetría de información, TREBILCOCK, M. J., *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, 1993, pp. 102-146.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BADOSA, F., «Artículo 1105», en Luis Díez-Picazo, Cándido Paz-Ares, Pablo Salvador, Rodrigo Bercovitz, *Comentario del Código civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, 1991.
- CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, 2.º ed., Aranzadi, 2017.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, 2003.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del contrato*, tomo I, 6.ª ed., Civitas, 2007.
- FARNSWORTH, A. E., *Contracts. Cases and Materials*, 9th edition, Foundation Press, 2019.
- GÓMEZ POMAR, F. y ALTI SÁNCHEZ-AGUILERA, J., «Cláusula *rebus sic stantibus*: viabilidad y oportunidad de su codificación en el Derecho civil español», *Indret* 1.2021, pp. 502-577.
- KÖTZ, H., *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Auflage, Mohr Siebeck, 2015.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L., *La alteración de las circunstancias contractuales*, Civitas, 2003.
- ORDUÑA MORENO, F. J., *Cláusula rebus y modernización del derecho contractual: tratamiento doctrinal y jurisprudencial*, Francis Lefebvre, 2020.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad civil contractual. (Materiales para un debate)», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp. 1019-1092.
- RÜFNER, T., “Change of Circumstances”, en Zimmermann, Reinhard y Jansen, Nils (editors), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2018.
- SALVADOR CODERCH, P., «Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», *Indret* 4.2009.
- SAN MIGUEL PRADERA, L. P., «La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea», *Anuario de Derecho Civil*, 2002, pp. 115-1132.
- TREBILCOCK, M. J., *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, 1993.
- TREITEL, G. H., *The Law of Contract*, 15th edition by Edwin Peel, Sweet&Maxwell, 2020.
- *FRUSTRATION AND FORCE MAJEURE*, 3rd edition, Sweet&Maxwell, 2014.

LOS LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL POR EVENTOS SOBREVENIDOS EN DERECHO ROMANO

María del Pilar PÉREZ ÁLVAREZ*

Der ewig wahre Satz: Kein Uebel ohne Schuld
(IHERING, R., *Das Schuldmoment in römisches Privatrecht*, Emil Roth, Giessen, 1867, p. 8)

Resumen

En este trabajo nos centraremos en el estudio de los eventos no imputables a las partes que producen el incumplimiento de la prestación por imposibilidad sobrevenida. Concretamente analizaremos los instrumentos aplicados por la jurisprudencia romana en estos supuestos: el caso fortuito y la fuerza mayor; la distribución de los riesgos por eventos sobrevenidos y el estudio de los supuestos concretos en los que se aplicó la idea que subyace en la cláusula rebus sic stantibus y sobre los que se basaron los juristas medievales para su elaboración.

Palabras clave

Fuerza mayor; casus, periculum, bona fides, rebus sic stantibus, casum sentit dominus, casum sentit creditor, arrendamiento, compraventa.

Abstract

This paper will be focused on the study of permanent or temporary events, not attributable to the parties, that produce non-compliance due to supervening impossibility. Specifically, we will analyze the instruments used by Roman jurisprudence in different cases, such as: fortuitous event and force majeure and risk distribution in case of supervenient events. We will also study the specific cases in which the idea behind the rebus sic stantibus clause was applied and which were used by medieval jurists for the formation of this principle.

* Catedrática acreditada de Derecho Romano. Universidad Autónoma de Madrid. pilar.perez@uam.es

Keywords

Force majeure, *casus*, *periculum*, good faith, *rebus sic stantibus*, *casum sentit dominus*, *casum sentit creditor*, *leasis*, *sale*.

SUMARIO: I. Introducción. II. Caso fortuito y fuerza mayor. III. Gestión del riesgo. *Periculum* en sentido técnico. 1. El *periculum* en la compraventa. 2. La distribución del riesgo en el arrendamiento y el *alea* normal del contrato. IV. Fundamento de la cláusula *rebus sic stantibus* en la interpretación, D. 46. 3. 8. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho romano clásico presentó un sistema de responsabilidad contractual basado en criterios subjetivos (1), concretamente en las nociones de dolo y culpa si bien, en algunos casos excepcionales, se admite la responsabilidad por custodia, *custodiam praestare*. Esta concepción, sintetizada en la máxima *kein Uebel ohne Schuld*, representa para Ihering (2) una de las aportaciones fundamentales de la jurisprudencia romana que tuvo el mérito inconmensurable de haberla descubierto, experimentado y reconocido (*gefunden, erfahren, erkannt*).

Superado el período hipercrítico (3), Kaser (4) y la doctrina posterior (5) vuelven a una concepción esencialmente subjetiva de la responsabilidad contractual y

(1) La expresión «responsabilidad contractual» no se considera muy afortunada porque la responsabilidad puede provenir de un acto lícito no contractual, como, por ejemplo, el cuasicontrato. Tampoco es correcto hablar de «responsabilidad por hecho lícito». Este es solo la fuente de las obligaciones; la responsabilidad proviene siempre de un hecho ilícito. Cfr. CANNATA, C.A., *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel Diritto Romano*, Giuffrè, Milano, 1966

(2) IHERING, R., *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Verlag von Emil Roth, Giessen, 1867, p. 8

(3) Muchos autores consideraron que el sistema presentado en la Compilación de Justiniano no correspondía a la jurisprudencia clásica que habría construido un sistema esencialmente objetivo de responsabilidad sin culpa. La corriente hipercrítica y la caza de interpolaciones se erigió como método generalizado de investigación cuando BARON [“Diligentia exactissima, diligentissimus paterfamilias oder die Haftung für Custodia”, *Archiv Für Die Civilistische Praxis*, 52 (1869)1, pp. 44 y sobre todo pp. 83 y ss.] elaboró la noción de custodia técnica (*Custodia in technischem Sinn*). A partir de entonces, otros autores siguieron sus pasos. Así, entre otros, DI MEDIO, A. [«Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano», *Bullettino dell’Istituto di diritto romano*, 20 (1908), pp. 157-209] considera interpolada la noción de culpa y la elimina de entre los criterios de responsabilidad contractual empleados por los juristas clásicos. KUNKEL, W. [“Diligentia”, *ZSS*, 45 (1925), pp. 301 y ss.] trató de demostrar la ausencia de la concepción de un deber de diligencia en el pensamiento clásico, identificando la noción de culpa no con la negligencia sino con el nexo entre un evento dañoso y un hecho culposo. Para ARANGIO-RUIZ, V., [Istituzioni di diritto romano, 14.ª edic., Napoli, 1960, pp. 380 y ss.] no hay ninguna otra palabra más interpolada en el Digesto que el término culpa, aunque añade que se trata de «interpolaciones prejustinianas» o glosemas. Entiende la culpa como el mero nexo causal entre la acción u omisión individual y el evento dañoso. En sustancia, para la jurisprudencia -sigue diciendo el autor- el sistema de la responsabilidad habría conocido solo el dolo como criterio subjetivo de responsabilidad; el resto era reducido a la responsabilidad objetiva. Entre dolo y custodia piensa *tertium non datur*.

(4) KASER, M., *Das römische Privatrecht, I. Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, Beck, München, 1955, pp.

(5) Vid. entre otros, TAFARO, S., «Regula e ius antiquum in D. 50,17,23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale», Cacucci, Bari, 1984; ROBAYE, R., *L’obligation de garde. Essai*

consideran como clásico prácticamente todo el contenido de los textos del Digesto en esta materia (6). De este modo, el criterio de responsabilidad fundamental resulta ser el de la culpa en sentido amplio (7) (en cuanto es evidente que quien responde por culpa responde también por dolo). Los contratantes no pueden convenir que no se responda por dolo pues el *pacto de non petendo dolo* es nulo y se tiene por no puesto como contrario a la buena fe (8).

En los casos en que la imposibilidad de la prestación se produce por eventos sobrevenidos no imputables al deudor, los juristas hablan de *casus* y *vis maior* y la consecuencia lógica del sistema es que el deudor queda exonerado del cumplimiento, excepto en los casos de la asunción convencional del riesgo (9). Así se deriva de D.50.17.23, recogido por los compiladores entre las reglas del Derecho (10), donde Ulpiano indica que del *casus* o la *vis a nullo praestantur*. Otras veces, la fuerza mayor provoca el incumplimiento parcial de la prestación o modifica las circunstancias iniciales del contrato.

En este trabajo, nuestro objetivo no es explicar la responsabilidad contractual y el complejo sistema de distribución de los riesgos por eventos sobrevenidos en Derecho romano clásico que, en consonancia con el sistema casuista de la jurisprudencia romana, nos conduciría al estudio de los distintos tipos contractuales en los que se aplica la regla (11), sino estudiar los efectos de los eventos no imputables a las partes y que producen incumplimientos, definitivos o temporales, por imposibilidad sobrevenida.

sur la responsabilité contractuelle en droit romain, Université Saint-Louis, Bruxelles, 1987, pp. 19 y ss.

(6) CANNATA, C. A., *Sul problema...* cit., p. 5 y ss.

(7) Para la jurisprudencia clásica el *culpam praestare* (según la noción acogida en la doctrina hasta la actualidad) significa asegurar a la contraparte la ausencia o la presencia de ciertos comportamientos (culpa por acción u omisión). El criterio de la culpa contiene un juicio de reprobabilidad sobre el comportamiento en sí, independiente del nexo de causalidad entre el comportamiento voluntario y el perjuicio causado a la contraparte. El autor del comportamiento culpable puede haber obrado de buena fe desde el punto de vista subjetivo pero el criterio de la culpa exige la valoración del comportamiento del obligado según criterios objetivos. De forma que, para apreciar el comportamiento concreto en relación con el comportamiento debido, la regla básica relativa al deber de diligencia era la del hombre medio (*diligens paterfamilias, bonus vir*), como se pone de relieve en D. 13.7.14 (*Paul. l. LX ad ed.*); D.7.1.65 (*Pomp. l.5 ex Plaut.*); D.18.6.11 (*Alf. Var., l. 2 Dig.*), D.38.1.20.1 (*Paul. l. 40 ad ed.*); D.26.7.33.pr. (*Call. l.6 de cognit.*).

Para las prestaciones de carácter técnico, donde el deudor debe garantizar (*praestare*) la propia pericia profesional, la regla se relaciona con un *artifex* de la categoría profesional y responde por una culpa cualificada, la *culpa levissima*, vid. D.45.1.137.3 (*Venul. l. I stipul.*).

(8) D.50.17.23 (*Ulp. l. 32 ad Sab.*). Ulpiano cita la opinión de Celso... [...] *Celsus putat, non valere si conveniret ne dolus praestetur; hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est...*; Celso opina que no es válido, si se hubiera convenido que no se responda por dolo, porque esto es contrario al juicio de buena fe...

(9) DE ROBERTIS, F.M., *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*. I, Bari, 1981, pp. 55 y ss.

(10) Cfr. C.4.24.6. (*Imp. Alex. A. Trophimae*, año 225)

(11) BETTI, E., «*Periculum*». Problema del riesgo contractual en *Studi in onore de Pietro De Francisci*, I, Milano, 1956, p. 136: La responsabilidad típica, siendo propiamente responsabilidad por incumplimiento y relacionándose con la imputabilidad del incumplimiento, se configura de distinta manera según se trate de una relación obligatoria u otra, según la lógica interna de la obligación.

El dato fundamental es que el evento debe ser sobrevenido, se trata de la *distantia temporis* entre el momento de la celebración y de la ejecución del contrato, durante el cual se verifican los eventos extraordinarios que imposibilitan o dificultan el cumplimiento. En estos casos, la fuerza mayor constituye un criterio de distribución del riesgo contractual por eventos sobrevenidos (12) pero habremos de preguntarnos si en época romana existieron instrumentos –semejantes a los utilizamos hoy (13)– para la revisión y la adaptación del contrato cuando el fin estipulado todavía puede cumplirse, de manera que se garantice el equilibrio y el cumplimiento equitativo de las obligaciones.

A continuación, estudiaremos el caso fortuito y la fuerza mayor, la distribución de los riesgos por eventos sobrevenidos y el estudio de las fuentes jurídicas y literarias en las que subyace la idea de la cláusula *rebus sic stantibus* y sobre los que se basaron los juristas medievales para su elaboración.

II. CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR

Cuando se produce un evento que hace imposible la prestación, el problema que surge para todo ordenamiento jurídico es el de establecer los límites dentro de los que la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de la prestación libera al deudor.

Las fuentes, tanto literarias como jurídicas (14), de la época tardo-republicana se refieren a estos eventos fortuitos con una terminología diversa como *vis*

(12) GIARO, T., «Il limite della responsabilità *ex cautione damni infecti*. Contributo allo studio della forza maggiore nel diritto romano classico», *BIDR*, 78 (1975), p. 272

(13) El Derecho civil actual soluciona este tipo de cuestiones a través de varias vías. En este sentido indica Beatriz Gregoraci: *Las figuras generales del Derecho contractual llamadas a jugar un papel fundamental en el contexto actual son, fundamentalmente, tres: la fuerza mayor, la buena fe y la cláusula rebus sic stantibus*. Vid. GREGORACI, B., «El impacto de la COVID-19 en el Derecho de contratos español», *ADC*, LXXIII (2020)2, p. 458. En cuanto a la fuerza mayor, actualmente libera al deudor cuando la prestación debida se haya hecho imposible por causa que no le sea imputable o bien le exonera de las consecuencias de la falta de un exacto cumplimiento, cuando la obligación sea todavía de posible cumplimiento. Vid. DIEZ SOTO, C. M., Y GONZALEZ PACANOWSKA, I., «Los principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales y los efectos derivados de la COVID-19 sobre las relaciones contractuales: una perspectiva desde el Derecho español», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13 (2001) 1, p. 192. La buena fe (*bona fides*), consagrada en el artículo 1258 CC como principio informador del derecho de contratos, no llegó a adquirir tal carácter en el Derecho romano, si bien tuvo una evolución expansiva sobre la base de la discrecionalidad pretoria y la labor interpretativa de la jurisprudencia.

(14) *Vid.*, por ejemplo, Séneca, influido por la doctrina estoica, utiliza una terminología que anticipa la de las fuentes jurídicas, así: *vis maior*, en *De benef.*, 2.18.7; 4.39.4; *Ep.* 22.5; *fortuita vis* (*Ep.* 53.12, 85.33); *fortuiti ímpetus* (*Prov.* 1.2.). Igualmente utiliza el sustantivo *casus*, que se contiene 154 veces en sus escritos, acompañado con diversos adjetivos, como *vis tristior* (*ben.* 7.16.3), con el significado preferente de evento fortuito, ciego, imprevisto, como fuerza irracional y voluble que gobierna la voluntad humana. Vid. LUZZATTO, G.I., *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*, I. La responsabilità per custodia, Giuffrè, Milano, 1938, p. 62, n.2. MILELLA, O., «Casus e vis maior en Sen., *Ben.*, 4.39.3-4; 7.16.3», *Labeo*, 33 (1987) 3, pp. 267, n. 3.

maior (15), calificada como *irresistible, cui resisti non potest* (16), *vis divina* (17), *vis extraria* (18), *vis extrinsecus admota* (19) o *vis magna* (20), con el significado de una fuerza externa, imposible de descartar por la voluntad humana, que impide al sujeto obrar de otro modo y de la que ninguna persona puede ser considerada responsable (21).

Los juristas romanos utilizaron los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor como sinónimos. Los dos textos principales pertenecen a Ulpiano. En D.50.8.2.7 (*Ulp. l. 3 opin.*), el jurista clásico destaca la *imprevisibilidad* del caso fortuito, que hace imposible la prestación (*qui fortuitos casus nulla humanum consilium providere potest, creator hoc nomine nihil praestare debet*; como quiera que ninguna humana inteligencia puede prever los casos fortuitos, ... no debe responder de nada por tal motivo). En el segundo pasaje, D.15.2.19.2 (*Ulp. l. 32 ad ed.*), conservado en el título dedicado al arrendamiento, Ulpiano destaca la *irresistibilidad*, considerando que la fuerza mayor es aquel evento que, si bien puede ser previsible, la voluntad humana no puede resistir (*maior vis cui resisti non potest*). Este carácter se destaca también por Gayo (22) en relación con el *casus maior* al indicar: *cui humana infirmitas resistere non potest* (al cual no puede resistirse la debilidad humana) (23).

Este binomio será empleado con insistencia por los glosadores y los canonistas (24) para definir los ámbitos del caso fortuito y la fuerza mayor. De manera que, con carácter general, los supuestos de caso fortuito serán aquellos eventos inevitables por imprevisible pero que, de haberse podido prever, podrían haberse evitado, mientras que los supuestos de fuerza mayor, pueden ser previsible o no, pero son inevitables e irresistibles debido a la magnitud del acontecimiento (25).

La distinción elaborada por la escolástica será recibida como sinónima en las codificaciones modernas en las que se habla de caso fortuito y fuerza mayor en sentido equivalente, señalando como características: la *imprevisión* y la *irresistibilidad* predicadas siempre de los eventos ajenos a la esfera de control de las partes contratantes.

(15) D.4.9.3.1 (*Ulp. l. 14 ad ed.*); D.13.7.13.1 (*Ulp. l. 38 ad ed.*); D.13.7.30 (*Paul. l. 5 epit. Alf. Var. digest.*); D.19.2.9.2 (*Ulp. l. 32 ad ed.*); D.19.2.25.6 (*Gai. l. 10 ad ed. Prov.*); D.19.2.36 (*Florent. l. 7 instit.*); D.19.5.17.4 (*Ulp. l. 38 ad ed.*); D.41.2.7 (*Ulp. l. 44 ad ed.*)

(16) D.19.2.15.2 (*Ulp. l. 32 ad ed.*)

(17) D.39.2.24.4 (*Ulp. l. 31 ad ed.*)

(18) D.19.2.30.4 (*Ulp. l. 3 digest. a Paul. epitom.*)

(19) D.39.2.43.pr. (*Alf. Varo, l. 2 digest.*)

(20) D.9.2.49.1 (*Ulp. l. 9 disputat.*)

(21) Vid. VISKY, K., « La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République », *RIDA*, 3 (1949), p. 483; GIARO, T., « Il limite della responsabilità... cit. », pp. 271 y ss. y, sobre todo, p. 282.

(22) D. 44.7.1.4 (*Gai. l. 2 aurear.*): *si maiore casu, cui humana infirmitas resist non potest* (a la cual no puede resistirse la debilidad humana).

(23) Entre las fuentes literarias contemporáneas a Servio, vid. Cic., *Inv. 2.170: cui nulla vis resisti potest*

(24) MAFFEI, D., *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 13 y ss.

(25) Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano*, 6.ª edic., Madrid, Iustel, 2006, p. 609.

Efectivamente, en Derecho romano no se encuentran argumentos suficientes en las fuentes para mantener una distinción entre caso fortuito y fuerza mayor. Al contrario, hallamos muchos supuestos en el Digesto en los que el término *casus* se equipara a *vis maior*, usando incluso la expresión *casus maior* (26). Ambos eran consideradas *iustae causae* de la llamada imposibilidad por incumplimiento sobrevenido y en ambos casos, salvo que la responsabilidad de la pérdida fuera asumida convencionalmente, los efectos eran siempre los mismos, el efecto liberatorio para el contratante llamado a responder cuando el incumplimiento hubiese sido causado o impedido por un evento fortuito o por fuerza mayor, es decir, por un acontecimiento caracterizado por la *imprevisibilidad* y la *irresistibilidad*, todo ello por aplicación del principio *casus a nullo praestantur* (27).

Se considera que ya desde los juristas romanos ambos términos se emplearon indistintamente (28). De este modo, acorde con la tradición romanista, se avanza una concepción de ambas nociones a la luz de su efecto liberatorio y así llegará a los códigos civiles decimonónicos.

En cuanto a los supuestos concretos, hasta la edad de los Serveros los textos se acompañan con elencos ejemplificativos. Mayer-Maly habla de una *Katastrophenlisten* (29), donde el *casus* puede equipararse con la *vis maior* y que comprende, entre otros, el naufragio (30), el colapso de edificios (31), el incendio (32), el deslizamiento de tierra o terremoto (33); tempestades o severos vendavales (34), peligros inevitables de un viaje, como el que sufrió enfermedad, estuvo detenido por ladrones o cualquier otro accidente en el camino (35), inundaciones, ya sean provocadas por el mar o por el desborda-

(26) D.44.7.1.4.(*Gai. l. 2 aureor.*) aplica la irresistibilidad al *casus: si maiore casu cui humana infirmitas resistere non potest* y D.2.13.7 pr. (*Ulp. l.III ad ed.*). Vid. el estudio de Robinson sobre el uso y el significado de *casus* en el Digesto, ROBINSON, O., "Casus in the Digest", *Acta Jurídica. Essays in honour of B. Beinart*, 2, 1977, pp. 337 y ss. y para el uso de *casus* como *vis maior*, sobre todo, p. 340.

(27) Considerado por los compiladores como una regla jurídica, se recoge en el título *De regulis iuris* en D.50.17.23 (*Ulp. l. 39 ad Sab.*)

(28) De esta opinión son autores como SARGENTI, M., «Problemi della responsabilità contrattuale», *SDHI*, 20 (1954), 127 y ss.; MAFFEI, D., *Caso fortuito...* cit., pp. 14 y ss.; ROBINSON, O., «Casus... cit.», p. 341; CHAMIE, J. F., *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos. De la vis cui resisti non potest a las cláusulas de hardship*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 55. Sobre las diferentes propuestas para identificar algún criterio de distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor en la doctrina y jurisprudencia españolas, vid. DIEZ SOTO, C. M., y GONZALEZ PACANOWSKA, I., «Los principios ... cit.», p. 192 y n. 39.

(29) MAYER-MALY, T., "Höhere Gewalt: Falltypen und Begriffsbildung", *Grazer Rechts und Staatswissenschaftlichen Studien, Festschrift Arthur Steinwenter*, III, Hermann Böhlhaus, Graz-Köhl, 1958, p. 63.

(30) D 2.13.6.9 (*Ulp. l.4 ad ed.*); D 13.6.18.pr (*Gai. l. 9 ad ed. prov.*), D 44.7.1.4 (*Gai. l. 2 rer. cott.*); D 47.9.1.1 (*Ulp. l. 56 ad ed.*).

(31) D 2.13.6.9 (*Ulp. l.4 ad ed.*); D 3.5.21 (22) (*Gai., l.3 ad ed. prov.*), D 4.4.11.5 (*Ulp. l.1 ad ed.*); D 28.5.8.pr (*Jul. l.2 ad Urs. Fer.*); D 44.7.1.4 (*Gai. l.2 rer. cott.*), D 47.9.1. 1. (*Ulp. l. 56 ad ed.*).

(32) D 1.15.3.4 (*Paul de off. praef. vig.*); D 2.13.6.9 (*Ulp. l.4 ad ed.*); D 3.5.21 (22) (*Gai., l.3 ad ed. prov.*); D 4.4.11.5 (*Ulp. l.1 ad ed.*); D. 13.6.18.pr (*Gai. l. 9 ad ed. prov.*), D 18.1.58 (*Pap. l. 10 quaest.*); D 19.2.15.3 (*Ulp. l.32 ad ed.*); D 26.7.57.pr. (*Scaev. l.10 dig.*); D 44.7.1.4 (*Gai. l. 2 rer. cott.*); D 47.9.1.1 (*Ulp. l. 56 ad ed.*); D 50.17.23 (*Ulp. l.29 ad. Sab.*)

(33) D 4.4.11.5 (*Ulp. l.1 ad ed.*); D 18.6.11 (*Jul. l.7 dig.*); D 39.2.24.3 (*Ulp. l.81 ad ed.*); D 39.3.2.6 (*Paul. l. 49 ad ed.*)

(34) D 7.1.12 pr (*Ulp. l. 17 ad Sab.*), D 18.1.58 (*Pap. l.10 quaest.*), D 39.3.2.6. (*Paul., l. 49 ad ed.*)

(35) D 4.6.38.1 (*Ulp. l. 6 ad leg. lul. et Pap.*), D 49.16.14 pr. (*Paul. lib. sing. de poen. milit.*)

miento de un río (36), actos de ladrones armados y bandidos (37), ataque de piratas (38), disturbios o tumultos (39), acciones enemigas (40) y también las muertes de los animales que sobrevienen sin culpa (41). Igualmente, se recogen como casos de fuerza mayor los fenómenos climatológicos, como la nieve o el calor del sol, siempre que fueran excesivos y contra lo ordinario de la estación (42).

No cabe duda de que una pandemia (*pestis, pestilentia, lues*) (43), como la generada por la COVID-19 (44), es un acontecimiento imprevisible e irresistible que se considera hoy (45) y se consideró por los romanos (46), un caso de fuerza mayor.

Las fuentes romanas consideran la fuerza mayor unas veces como un criterio objetivo, es decir, se identifica esta última con ciertos eventos independientes de la ausencia o no de culpa del deudor, y otras veces como un criterio subjetivo de modo que aquella coincidiría con la ausencia de toda culpa. En el primer caso, la fuerza mayor se considera como *Sachbezogen* (relacionada con la cosa) por lo que

(36) D 7.4.23 (*Pomp. l. 26 ad Q. Mucium*); D 39.2.24.3 (*Ulp. l. 81 ad ed.*); D 39.3.2.6 (*Paul. l. 49 ad ed.*); D 50.17.23 (*Ulp. l. 32 ad Sab.*)

(37) D 13.6.18.pr (*Gai. l. 9 ad ed. prov.*); D 49.16.14.pr (*Paul lib. sing. de poen. iud.*); D 50.17.23 (*Ulp. l. 32 ad ed.*). El concepto de *furtum* no entra dentro del concepto de *vis maior*, salvo que se trate de un ataque de banda armada de ladrones.

(38) D 13.6.18 pr (*Gai. l. 9 ad ed. prov.*); D 47.9.1.1. (*Ulp. l. 56 ad ed.*),

(39) D 50.17.23 (*Ulp. l. 32 ad ed.*)

(40) D 13.6.18 pr. (*Gai. l. 9 ad ed. prov.*) Incluso, existen dos textos que incluyen en tales listas la huida de los esclavos que parecían dignos de confianza (D.13.6.18.pr. *Gai. l. 9 ad ed. prov.*) y D. 50.17.23 (*Ulp. l. 32 ad ed.*). Este caso respondería a un problema frecuente que preocupaba a la sociedad romana y se enumeraba entre los supuestos inesperados que no se podían evitar.

(41) D 4.4.11.5 (*Ulp. l. 1 ad ed.*); D 13.6.18 pr. (*Gai. l. 9 ad ed. prov.*). D 50.17.23 (*Ulp. l. 32 ad ed.*)

(42) D.18.1.78.3 (*Lab. l. 4 poster. a lav. epit.*), donde se vincula la nieve a la fuerza mayor *si immoderatae fuerunt, et contra consuetudinem tempestatis*; D.19.2.15.2 (*Ulp. l. 32 ad ed.*).- *aut solis fervore non assueto id acciderit...*

(43) Indica San Isidoro, *Etim.* 18 y 19 que se la denomina *pestilentia*, que viene a equivaler a *pastulentia* porque devora (*depascat*) como un incendio. Igualmente, se la conoce como *lues*, que deriva de *labes* (ruina) y *luctus* (aflicción). Con más detalle, *vid.* BLANCH NOUGUÉS, J.M., «Sermo iuris et forma mentis in tempore pestilentia. Análisis del lenguaje en tiempo de pandemia». *Discurso de apertura del curso 2020-2021 de la Universidad CEU San Pablo*, <https://bit.ly/3eQbWAT> (consulta: 29-04-2021).

(44) Entre las epidemias que se produjeron en la antigüedad destacan: a) La pandemia de Atenas, identificada actualmente con el tífus (año 439-429 a. C), sobre ella, *vid.* FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «COVID-19: Memoria histórica. El siglo de Pericles». *Memoria de la COVID-19* (8). *Newsletter TBS informa*, n.º 38, pp. 7-9, publicado 24 de julio de 2020. Ya en el imperio romano destacan: b) La gran epidemia de los Antoninos o de Galeno del s. II d. C., que fue calificada como una verdadera pandemia, pues afectó a todo el mundo conocido y que se ha identificado con la viruela; c) Las epidemias sufridas durante el s. III d.C., entre la que destaca la llamada de Cipriano, de sarampión, y d) la llamada peste de Bizancio, un primer brote importante de peste bubónica, que se produjo en la época de Justiniano, entre los años 541 y 544 a. C. *vid.* GONZÁLEZ CRAVIOTO, E y GARCÍA GARCÍA, I., «Una aproximación a las pestes y epidemias en la antigüedad», *Espacio, tiempo y forma. Serie II. Historia Antigua*, 26 (2013), pp. 63 y ss.

(45) *vid.* GREGORACI, B., «El impacto... cit.», p. 459, n. 4 y la bibliografía allí citada.

(46) Séneca, en *Nat. quaest.*, 6.32.7 (*incendium, naufragium, pestilentia*), recoge las epidemias como un tipo de *casus*, de evento fortuito, imprevisto e irresistible, que habría impedido al sujeto obrar de otro modo y le habría exonerado de responsabilidad. *vid.* MILELLA, O., «*Casus e vis maior* en Sen., *Ben.*, 4.39.3-4; 7.16.3», *Labeo*, 33 (1987) 3, pp. 267, n. 3.

no puede liberar a una persona de su responsabilidad y se considera que el riesgo recae sobre el propietario. En el segundo caso, se habla de *Zufall*, *periculum* o riesgo, que requiere de un análisis subjetivo (47).

III. GESTIÓN DEL RIESGO. *PERICULUM* EN SENTIDO TÉCNICO

La cuestión del riesgo o *periculum* en sentido técnico comienza donde termina la responsabilidad por incumplimiento (48). Por ello, hay que distinguir entre los casos de responsabilidad contractual, la extensión de la responsabilidad pactada o convencional, la extensión automática de la responsabilidad por mora del deudor (traspaso del riesgo) y el *periculum* en sentido técnico o distribución del riesgo (49). En los tres primeros casos hay un problema de responsabilidad pues una de las partes puede requerir a la otra por incumplimiento y, si este se imputa al deudor, será llamado al resarcimiento del *id quod interest*.

Hablamos de *periculum* cuando la prestación deviene imposible por un hecho no imputable al deudor que queda exonerado del cumplimiento de la prestación. En las obligaciones sinalagmáticas, cuya ejecución queda diferida en el tiempo con respecto al momento de perfección del contrato, como por ejemplo la compraventa, o en las de tracto sucesivo, como el arrendamiento, debe determinarse quién corre con la pérdida patrimonial, es decir, debe concretarse la suerte de la obligación de la contraparte todavía posible o ya ejecutada, estableciendo si tal prestación debe considerarse debida (50).

Aunque el Derecho romano no elaboró una teoría general de lo que hoy entendemos por *periculum* o riesgo contractual, en el pensamiento de los juristas clásicos era clara la distinción entre el ámbito del riesgo y el ámbito de la responsabilidad. En el primer caso, el desplazamiento patrimonial deriva de la necesidad de restablecer el equilibrio en la posición de los contratantes mientras que, en el supuesto de responsabilidad contractual, se produce la afectación de la parte que obró de forma dolosa o culposa (51).

A continuación señaláramos unas reglas de aplicación frecuente para la época clásica aunque en consonancia con las soluciones casuistas de la jurisprudencia romana no pueden considerarse como principios absolutos (52).

La regla que se deriva de las fuentes es que el riesgo lo soporta el propietario, que se expresa con diversas expresiones latinas: *periculum o damnum domini*, *res*

(47) GERKENS, J.F., «*Vis maior and vis cui resisti non potest*», *Fundamina*, 11 (2005)1, p. 110

(48) El riesgo en sentido técnico se denomina en las fuentes con el término *periculum* o *damnum*. El primer vocablo aparece en las fuentes jurídicas con muy diversos significados. Vid. HEUMANN, H. G. y SECKEL, E., *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9.^a edic., Gustav Fisher Jena, 1926, pp. 420-21 identifica los siguientes: *Gefahr* (riesgo o peligro), *Nachteile* (desventaja), *Schaden* (perjuicio), *Bericht* (informe) o *richtertlicher Antwort* (respuesta judicial).

(49) BETTI, E., «*Periculum...cit.*», p. 33.

(50) Vid. TALAMANCA, M., «*Considerazioni sul periculum rei venditae*», *Seminarios complutenses de Derecho romano*, VII (1995), p. 219.

(51) SARGENTI, M., s. v. *Rischio (diritto romano)*, *EDD XL*, (1989) p. 1126.

(52) Vid. CHAMIE, J. F., *La adaptación... cit.*, p. 19 y ss.

perit domino, casum sentit dominus (53). Siempre que perece una cosa por casos fortuito o fuerza mayor se pierde para el propietario, pero a veces repercute en perjuicio de otras personas relacionadas con la cosa. Así, por ejemplo, cuando la cosa está *in obligatione*, o sea, es objeto de una obligación de dar, el deudor queda liberado (*casus a nullo praestantur*) y el acreedor, titular activo de la obligación, se ve privado de su crédito por extinción de la obligación. En este caso puede afirmarse que la cosa perece para el propietario, o sea, *casum sentit dominus*, pero al mismo tiempo *casum sentit creditor* (54).

El concepto de riesgo se amplía cuando se trata de contratos bilaterales que tienen como finalidad la transmisión de la propiedad (55), el contratante que se libera por *casus* conserva el derecho a exigir la prestación recíproca. Así ocurre en la compraventa en la que se aplica el principio *periculum est emptoris* o *res perit emptori* (56).

Igualmente, sucede a menudo que quien soporta el riesgo por la pérdida de la cosa, cuando la obligación es de dar una cosa determinada (*species*), es quien tiene derecho a obtener el *commodum* o los frutos y acciones que produce la cosa. Se exceptúa la obligación de dar cosas genéricas (*genera*) porque se considera que el género no perece por aplicación del principio *genus non perit*. En este caso, se considera que el deudor no puede quedar liberado por la destrucción fortuita del objeto porque es el género mismo el que constituye el objeto de la obligación y solo en el momento del pago (*solutio*) se opera la concentración en el objeto individualmente determinado.

1. EL PERICULUM EN LA COMPRAVENTA

Si nos detenemos por un momento en el riesgo o *periculum* por pérdida de la cosa vendida por eventos sobrevenidos (*casus* o *vis maior*), veremos que el riesgo se plantea entre la perfección del contrato y la ejecución del mismo a través de la *traditio*.

(53) Cfr. D.19.2.15.2 (*Ulp. l. 32 ad ed.*), donde el arrendador responde por los casos de fuerza mayor que dañen la cosecha; D.13.7.30 (Paul. l.5 epit. Alf. Var. Digest.), el comodante responde de la pérdida de la cosa por fuerza mayor,

(54) ROCA SASTRE, R. M., «El riesgo en el contrato de compraventa», *Estudios de Derecho Privado*, I, Obligaciones y contratos, Ed. Revista de derecho privado, Madrid, 1948, p. 385. Para CARDILLI, R., (*L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in Diritto Romano (II sec. A.C. - II sec. D. C.)*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 428) la pérdida de la cosa objeto de la relación contractual cuando no sea imputable a la obra o la voluntad del hombre, corresponden necesariamente al *dominus*, no en cuanto moralmente equitativo, sino en cuanto coherente con un orden natural de las cosas que la *aequitas* impone.

(55) Aunque ni en Derecho romano ni en derecho actual se le exige al vendedor la transmisión de la propiedad de la cosa vendida, el fin económico de la compraventa es la transferencia del dominio. Este será el resultado normal del negocio y el fin último del comprador. Los juristas romanos no desconocieron que la función económica de este contrato es que el derecho del comprador sobre la cosa devenga firme y definitivo. En este sentido –afirma LABEÓN– que un acuerdo, por el que el comprador no pueda devenir propietario de la cosa, desnaturaliza el contrato y lo transforma en otro negocio, *Vid.* D D.18.1.80.3 (*Lab., l.5 poster. a Iav. Epit.*). [(«No puede considerarse que alguien vendió aquella cosa, respecto de cuyo dominio se trata, que no pase al comprador;(sino que esto es o una locación u otro género de contrato)»] Aunque la última frase se considera un glosema (modificación de los juristas postclásicos), no cambia el sentido del pasaje. *vid. Index interpol. ad leg.*, a los que añadimos ARANGIO-RUIZ, V., *La compravendita in diritto romano*, I, Jovene, Napoli, 1961, p. 163.

(56) D.18.5.5.2 (*Jul. l. 15 dig.*) y I.3.23.3

¿Qué ocurre si la cosa perece por causa no imputable a las partes en este intervalo de tiempo entre la *emptio venditio perfecta* y la *emptio venditio consumpta*? ¿Quién soporta el riesgo de pérdida de la cosa, el vendedor o el comprador?

En los textos de la compilación se recogen ambos principios. Pero en época clásica imperó la regla de que la cosa perece para el comprador (*res perit emptoris*), desde la perfección del contrato (*emptio perfecta*), esto es, desde que las partes se ponen de acuerdo en la cosa (*res quae vendit*) y el precio (*pretium*). De modo que el comprador seguirá obligado a pagar el precio, aunque no reciba la cosa comprada. Así se deriva de un texto de Paulo:

D. 18.6.8.pr. (Paul. 1.33 ad ed.) *Necessario sciendum est quando perfecta sit emptio, tunc enim sciemus, cuius periculum sit, nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet* (57).

El problema del riesgo en la compraventa lo resuelve la jurisprudencia romana en el sentido de aplicar simplemente la regla general del Derecho de obligaciones, que considera como causa de extinción de la obligación de dar la pérdida fortuita de la cosa, prescindiendo en absoluto del carácter recíproco de las obligaciones que surgen del contrato. De este modo, cuando se produce la pérdida fortuita de la cosa vendida y todavía no entregada, las obligaciones básicas (de entregar la cosa para el vendedor y pagar el precio para el comprador), guardan plena independencia y autonomía, y, por ello, el comprador no queda exonerado de pagar el precio (58).

El criterio seguido se relaciona por los juristas clásicos con el *commodum* y el *incommodum* de la cosa vendida, estableciendo que si al comprador le pertenecen los incrementos o beneficios que produce la cosa, también debe soportar el riesgo de pérdida de la misma (59): *commodum eius esse debet, cuius est periculum* (60).

En cuanto al otro principio: *periculum est venditoris*, que se recoge también por algunos juristas en el Digesto, se considera que el momento decisivo para el traspaso del riesgo al comprador es el de la *traditio*. Estos textos recogerían el pensamiento de los juristas tardo-republicanos (61), la concepción se habría mantenido como prevalente en el ámbito de la escuela sabiniana y hasta la edad de los Severos, donde Paulo, siguiendo a Alfeno Varo, indica que el riesgo será

(57) D.18.6.8.pr (Paulo, 1.33 ad ed.). Es necesario saber cuándo se haya perfeccionado la compra, pues entonces sabremos de quién es el riesgo, porque perfeccionada la compra, el riesgo corresponde al comprador.

(58) ROCA SASTRE, R. M., «El riesgo... cit.», pp. 288-390.

(59) Así los títulos que dedica el Digesto y el Código a esta materia, D.18.2 y C. 4.48 respectivamente, llevan por título *De periculo et commodo rei venditae*. Otras explicaciones de la regla se pueden ver en ARIAS RAMOS, *Derecho Romano, II. Obligaciones, familia, sucesiones*, 17.^a edic., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, p. 615.

(60) I.3.23.3: pertenece el provecho al comprador; porque el beneficio debe ser también de aquel de quien es el riesgo (... *ad emptoris commodum pertinet; nam et commodum eius esse debet, eius periculum est...*). En el mismo sentido, *vid.* D.18.6.7.pr (Paul. 1.5 ad Sab.) y C.4.48.1. (*Imp. Alexander A. Secundinae*).

(61) *Vid.* CHAMIE, J.F., «La adaptación... cit.», pp. 21-22.

del comprador desde la *traditio* (62) y, en el mismo sentido, se expresa Africano (63).

2. LA DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO EN EL ARRENDAMIENTO Y EL ALEA NORMAL DEL CONTRATO.

Ulpiano en D. 19.2.15.2 revisa el problema de la distribución del riesgo por eventos sobrevenidos en el contrato de arrendamiento de cosas (*locatio conductio rei*). Este sería el modelo emblemático de contrato de duración en el tiempo y, por tanto, propenso al cambio de las circunstancias iniciales por eventos sobrevenidos, que pueden suponer la frustración de la finalidad contractual o una excesiva onerosidad que exigirá el reequilibrio de las prestaciones.

D.19.2.15.2. (*Ulp. l. 32 ad ed.*). *Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori hoc homine aliquid praestare debeat, videamus. et refert Pomponius Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait existimasse ut puta fluminum, graculorum, stornorum, et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno (64) coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. sed et si uredo fructum oleae corruperit, aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori ut frui possit (65).*

(62) *Vid. D. 18.6.13 (12) (Paul. Epit. Alf. dig.). [...] si hubiesen sido entregados al comprador... parece bien que el riesgo sea del comprador (si traditi essent emptori... emptoris periculum esse placet).*

(63) D.19.2.33 (*Afric. l. 8 quaest.*). [...] porque también si me hubieras vendido un fundo, y antes de que se me entregase libre hubiera sido confiscado, te obligarás por la acción de compra (*nam et si vendideris mihi fundum, isque, priusquam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex empto*)

(64) Destaca también la utilización en cinco ocasiones del término *damnum*, considerado menos técnico que *periculum*, *vid. MIQUEL, J., «Periculum locatoris. Ricerche in tema di responsabilità», ZSS, 81 (1964), pp. 174-175.*

(65) D.19.2.15.2. Si hubiera sobrevenido fuerza de tempestad calamitosa, veamos si el arrendador deberá garantizar algo al arrendatario. Pomponio refiere que Servio estimaba que el propietario debe ser responsable al colono de toda fuerza a la cual no pudiese resistirse como, por ejemplo, aquella de los ríos, de los grajos, de los estorninos y, si alguno otra cosa semejante hubiese acontecido, o si se hiciera incursión de los enemigos; pero por el contrario, si algunos vicios nacieran de la misma cosa, estos son en daño del colono, por ejemplo, si el vino se hubiera avinagrado, o si la cosecha fuese destruida por gusanos o yerbas. Pero también si hubiera acontecido una tormenta y hubiera destruido la cosecha, el daño no es del colono, para que sobre el daño ya sufrido de la simiente perdida no sea costreñido a pagar el arrendamiento del campo; pero también si el tizón hubiere corrompido el fruto de los olivos, o esto hubiere sucedido por calor del sol no acostumbrado, del daño habrá de ser del propietario. Pero si verdaderamente no hubiere acontecido nada contra la costumbre, el daño es del colono; y lo mismo se ha decir, si un ejército de paso quitó frívolamente alguna cosa. Pero también si por derrumbe se hubiera arruinado el campo, de modo que nada quede, es en daño del propietario; en realidad el campo debe ser garantizado al arrendatario de modo que pueda disfrutarlo.

El pasaje está extraído del libro 32 de los Comentarios al edicto de Ulpiano, donde el jurista trata sobre los contratos de buena fe (66) y, en concreto, comenta la fórmula edictal de la acción del arrendatario (*actio ex conducto*).

Aunque no entraremos en el estudio detallado de las críticas que ha recibido el texto, es necesario indicar que fue objeto de diversas reconstrucciones por parte de la doctrina (67), pero la aparición de un papiro egipcio, editado por Arangio-Ruiz a mediados del siglo pasado (68), ha llevado a la doctrina a considerar el texto como genuinamente clásico (69), o al menos, en lo que respecta a la primera parte del mismo (70).

Ulpiano se plantea, desde el punto de vista de la acción, si el daño derivado de una fuerza sobrevenida (tempestad calamitosa, *vis tempestatis calamitosae* (71)) que hace imposible el uso y disfrute (*uti frui*) de la cosa arrendada por un evento externo sobrevenido, *impredecible e irresistible*, repercutirá sobre el arrendador o sobre el arrendatario. En este punto, Ulpiano, cita el parecer de Servio Sulpicio Rufo (72). El punto de partida del jurista republicano se encuentra en la distinción entre eventos *irresistibles (vis cui resisti non potest* (73)) y *vicios nacidos de la cosa misma (vitia quae ex ipsa res oriantur)*; los daños producidos por los primeros se atribuyen al arrendador, mientras que los vicios internos de la cosa corren a cargo del arrendatario.

Sobre esta distinción, algunos autores (74) distinguen riesgos previsibles, esto es, aquellos que encuentran cabida en el alea normal del contrato y riesgos imprevisibles e irresistibles, de carácter extraordinario, que sobrepasan el alea

(66) LENEL, O., *Das edictum perpetuum*, Scientia Verlag Aalen, Leipzig, 1985, tít. 106 a 112, *De bonae fidei iudicis*. Lenel, O., *Palingenesia*, II, Ulp. 929, *ad ed. Liber XXXII de bonae fidei contractibus*.

(67) Los múltiples intentos de reconstrucción por parte de la doctrina hipercrítica se pueden ver con detalle en PINNA PAPPAGLIA, P., *Vitia ex ipsa re. Aspetti della locazione in Diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 50 y ss.

(68) El papiro PSI XIV, n.º 1449. ARANGIO-RUIZ, V., [«Frammenti di Ulpiano, libro 32 *ad edictum* in una pergamena di provenienza egiziana», *AG*, 153 (1957), 1-2, p. 145 y ss.] data el papiro en el s. IV d.C. y, en base al mismo, mantiene la originalidad del pasaje de Ulpiano, D.19.2.15.2. En contra, CANNATA mantiene la hipótesis de que el texto recogido en el papiro no pertenece a Ulpiano, sino que coincidiría con un pasaje de Paulo, extraído del 1.34 de sus Comentarios al edicto, *vid.* CANNATA, C. A., «Alcune considerazioni ed ipotesi su PSI 1449», *Società Tipografica Modenese*, Modena, 1960, pp. 1-8 [AG, 159 (1960), 1-2, pp. 25-33].

(69) Son de esta opinión, entre otros, ANKUM, H., «*Remissio mercedis*», *RIDA*, 19 (1972), p. 223, n. 9; SITZIA, F., «Considerazioni in tema di *periculum locatoris* e di *remissio mercedis*», *Studi in memoria di Giuliana D'Amelio. I Studi storico-giuridici*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 340

(70) THOMAS, J.C., «*Remissio mercedis*», *Studi in memoria di Guido Donatuti*, III, Cisalpino, Milano, 1973, p. 1272, CARDILLI, R., *L'obbligazione di «praestare... cit.»*, pp. 233-235. Ambos consideran original el parecer serviano, recogido en la primera parte del pasaje (desde el principio hasta *corruptae sint*).

(71) El adjetivo *calamitosae* se consideró por algunos autores un glosema introducido por los juristas postclásicos, sin embargo, no se encuentra razón alguna para considerarlo así pues se encuentra en textos de época republicana como Cic, *Verr.*, 4.144; Cic, *Sest.* 7; Sen. Ep., 98.6; Cic., *Mur.* 59

(72) La doctrina, siguiendo a ARANGIO RUÍZ., [«Frammenti... cit.», p. 147 y ss.] considera, tras la aparición del papiro PSI XIV n.º 1449, que el parecer de Servio venía citado a través de Pomponio, lo que no cambia la esencia de la opinión del jurista republicano.

(73) La expresión *cui resisti non potest* no es sospechosa de interpolación y se atribuye a Servio pues se utiliza por otros autores contemporáneos de la época republicana como Cicerón Inv. 2.170: *cui nulla vis resisti potest*. CHAMIE, J.F., *La adaptación... cit.*, p. 27 y n. 42.

(74) BETTI, E., *Istituzioni...cit.*, p. 240 y ss.; CHAMIE, J.F., *La adaptación... cit.*, p. 30.

normal. Las partes, en la celebración del contrato y con base en la reciprocidad de las prestaciones, asumen riesgos que se consideran típicos, habituales o normales en la producción agrícola. Surge así el ámbito de la llamada *alea normal* del contrato que destaca Ulpiano al decir, «*si nihil extra consuetudinem acciderit damnum colono esse*» (si verdaderamente no hubiere acontecido nada contra la costumbre), De este modo, aunque los juristas clásicos no ofrecieron una formulación dogmática de la idea, sus decisiones acerca de la incidencia del riesgo presuponen aquella distinción.

Servio, a través de una ilustrativa casuística (*ad exemplum*: inundaciones, grajos, estorninos (75), incursión de enemigos, tizón, calor inusitado, terremoto, o accidentes semejantes) (76), afirma que en caso de fuerza mayor el daño es para el propietario (el arrendador), pues no puede garantizar la disponibilidad del fundo para su cultivo al arrendatario (tal y como afirma *in fine* el parágrafo 2: *oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit*). Los eventos extraordinarios imprevisibles son a cargo del arrendador en el sentido de que la falta de cosecha, legítima al arrendatario para ejercitar la *actio conducti* y solicitar la *remissio mercedis* correspondiente; el arrendatario no debe pagar el alquiler (*praestare mercedem*) porque no debe sufrir el daño de la simiente y además pagar la merced.

El jurista se centra en la distribución del riesgo (*periculum*) (77) y no sobre la responsabilidad contractual (*praestare*) del arrendador, como se deduce del hecho de que este último no está obligado al resarcimiento del daño (*id quod interest*) sufrido por el arrendatario, sino que soporta el riesgo de la *vis* y pierde la renta como consecuencia de que no puede garantizar la capacidad de producción del fundo (*frui praestare*) (78). El arrendatario, por su parte, asume también parte del riesgo y pierde la simiente. De modo que, en el arrendamiento de un fundo rústico, todos aquellos eventos naturales irresistibles (*vis maior cui resisti non potest*), serán a cargo del arrendador (*locator*) y el colono, por su parte, quedará exonerado de pagar el alquiler cuando el disfrute del fundo se haya hecho imposible o haya disminuido por motivos a él no imputables. Del resto, responde el colono.

El texto es importante porque afirma para la época republicana, la opinión que luego mantendrán los juristas, Sabino y Gayo, para la época clásica, en el sentido de que el *casus* y la *vis maior* exoneran al deudor del cumplimiento de la obligación (*casus y vis maior cui resisti non potest a nullo praestantur*) (79).

(75) En ningún otro lugar del digesto encontramos como caso de fuerza mayor los daños producidos por animales (grajillas o estorninos), *vid.* ROBINSON, O., «*Casus... cit.*», p. 343.

(76) FERNANDEZ DE BUJÁN, F., «*Deductio mercedis*. Forma alternativa de garantía del conductor», *RIDA*, 53 (2006), p. 160.

(77) Lo mismo se observa en los *Scholae Basilicorum*, 20.1.5.2 y en las Siete Partidas, V.8.22, donde se recogen los mismos ejemplos que en D.19.2.15.2.

(78) CARDILLI considera que el *frui praestare*, relacionado con el *vim praestare* de Servio, significa que el arrendador debe garantizar no solo el goce del fundo sino la capacidad productiva del mismo. CARDILLI, R., *L'obbligazioni di praestare...* cit., p. 235.

(79) D.50.17.23 (*Gai, l. ad Sab.*)

IV. EL FUNDAMENTO DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EN LA INTERPRETACIÓN DE, D.46.3.38

Cuando se produce una fuerza irresistible (*vis cui resisti non potest*) e imprevisible (*casus cui prevederi non potest*), si no hay culpa o mora y la *natura contractus* lo permite, nos encontramos ante un caso de *periculum* en sentido técnico. La imposibilidad sobrevenida por este tipo de eventos puede tener como consecuencia la extinción definitiva de la obligación y la liberación del deudor o, si todavía es posible cumplir las prestaciones, determinar la incidencia del acontecimiento externo sobre las obligaciones de las partes y el reequilibrio de las mismas a través de la distribución del riesgo.

Sin embargo, esto no fue observado a partir de la primera postguerra, cuando la doctrina alemana recuperó la aplicación de un remedio medieval⁽⁸⁰⁾ elaborado sobre textos clásicos, la cláusula *rebus sic stantibus*, que se integró con los criterios propios de la gestión del riesgo por eventos sobrevenidos imprevisibles e irresistibles⁽⁸¹⁾. Puede ocurrir que por alguna razón imprevisible (un conflicto bélico, una crisis económica o sanitaria como la actual, etc...) las condiciones acordadas por los interesados cambien, lo que se conoce como alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales.

La *rebus* significa literalmente *estando así las cosas*, lo que quiere decir que los contratos deben cumplirse *mientras las cosas sigan igual o mientras no cambien las circunstancias*⁽⁸²⁾. Dicho de otro modo, el cumplimiento del contrato queda supeditado a que no se produzca una modificación grave por eventos sobrevenidos de las condiciones iniciales del contrato. Se aplica a los contratos de tracto sucesivo o a aquellos de cumplimiento diferido⁽⁸³⁾.

La regla se opone al principio *pacta sunt servanda*⁽⁸⁴⁾, derivada de la máxima de derecho canónico: *Contractus ex conventione legem accipere dinoscuntur* (Los contratos se distinguen por recibir la ley de la propia convención)⁽⁸⁵⁾ y enunciada sobre un texto de Ulpiano, D.16.3.1.6: *contractus enim legem ex conventione accipiunt* (los contratos reciben su ley de la convención). El principio ha pasado a los ordenamientos modernos, como el español⁽⁸⁶⁾.

(80) La *communis opinio* considera que la cláusula es de elaboración medieval. *Vid.*, entre otros, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2003, p. 31; MARTÍNEZ DE MORENTÍN, M. L., «Sobre la construcción del principio *pacta sunt servanda rebus sic stantibus*, su aplicación a los contratos y estado actual de la cuestión», *RIDA*, 61 (2014), pp. 334 y ss.; DE LAS CASAS LEÓN, M. E., «¿La cláusula *rebus sic stantibus* como excepción al principio *pacta sunt servanda*?», *RGDR*, 33 (2019), pp. 9-10

(81) CHAMIE, J. F., *La adaptación...* cit., p. 50

(82) DIEZ SOTO, C.M., y GONZALEZ PACANOWSKA, I., «Los principios... cit.», p. 195.

(83) DE LAS CASAS LEÓN, M. E., «¿La cláusula... cit.?», p. 7, afirma que la situación no se daría en aquellos contratos en los que el nacimiento de la obligación es simultáneo al cumplimiento, puesto que faltaría el lapso de tiempo en el que se produjeron las circunstancias imprevistas.

(84) La relación entre el principio *pacta sunt servanda* y la distribución de riesgos es de complemento, tal y como señalan AMUNÁTEGUI, C., *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2003, p. 178; CASTAÑEIRA JEREZ, J., «Hacia una nueva configuración de la doctrina *rebus sic stantibus*: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014», *InDret*, 4 (2014), p. 8.

(85) Bonifacio VIII, *Liber Sextus*, 5.12.85

(86) Art. 1091 CC. *Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos*. Además del citado precepto, véase los arts. 1256 y 1258 CC.

El Derecho romano no desarrolló una teoría general para el tratamiento del cambio de las circunstancias iniciales del contrato, pero la *rebus* se encuentra en la base de algunas decisiones jurídicas (87). Veamos los textos que están en la base de la construcción del principio:

D.46.3.38 (Afric., l. 7 quaest.): *Quum quis sibi aut Titio dari stipulatus sit magis esse ait Iulianus ut ita demum recte Titio solvi dicendum sit si in eodem statu maneat quo fuit quum stipulatio interponeretur. Ceterum sive in adoptionem sive in exilium ierit vel aqua et igni ei interdictum vel servus factus sit non recte ei solvi dicendum tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur si in eadem causa maneat* (88).

El fragmento pertenece a las *Quaestiones* de Africano, jurista augusteo. Se incluye en el título 3, del libro 46 del Digesto, titulado *Solutionibus et liberationibus*. Se trata de una estipulación en la que el promitente asume una obligación de dar a favor de un *adiectus solutionis causa* (como sujeto legitimado a recibir el pago en representación del deudor) o del propio deudor, Ticio, y lo que responde Africano, citando la opinión de Juliano, es que la obligación de la estipulación de dar a él o a Ticio, deberá ser cumplida solo en el caso en que *se mantengan las mismas circunstancias* en el acreedor (él o Ticio) (89). Es decir, que no se produzca un cambio de estado (*capitis deminutio*) por adopción, destierro, *interdictio aquae et ignis* o caída en esclavitud del representante (o de Ticio).

Como se puede observar, se trata aquí de una alteración de las circunstancias iniciales del contrato, lo que produce la invalidez del pago o *solutio* (90). Juliano opina que debe el acreedor permanecer en el mismo estado en que se hallaba cuando se interpuso la estipulación (*si in eodem statu maneat quo fuit quum stipulatio interponeretur*) y concibe esta condición: *si permaneciera en el mismo estado (si in eadem causa maneat)* como una convención tácita inherente al contrato. Algunos autores han considerado (91) que se trata de una *praesumptio iuris*, por lo que

(87) En este sentido, OSTI, G., s.v. Clausola «*rebus sic stantibus*», *NNDI*, III, Torino, 1959, p. 354, para quien ciertamente en las fuentes romanas pueden encontrarse afirmaciones particulares relativas a determinadas relaciones jurídicas susceptibles de ser reconducidas a la cláusula, pero no un reconocimiento de ésta como principio general. En el mismo sentido, *Vid.* MARTÍNEZ DE MORENTÍN, M. L., «Sobre la construcción... cit.», p. 337.

(88) D.46.3.38 (Afric., l. 7 quaest.). Cuando alguno hubiere estipulado que se le de a él o a Ticio, dice Juliano cierto que es más justo decir, que se le paga bien a Ticio, solamente si permaneciera en el mismo estado en que se hallaba cuando se interpuso la estipulación. Pero si se hubiere dado en adopción, o hubiere sido desterrado, o se le hubiere puesto interdicción en el agua y el fuego, o se hubiere hecho esclavo, se ha de decir que no se le

paga bien, porque se considera que tácitamente es inherente a la estipulación esta convención, si permaneciera en el mismo estado

(89) La regla se limita al acreedor (o quien recibe el pago por él) pero no se extiende al promitente o deudor. *Vid.* MILELLA, O., «Casus... cit.», p. 289, n.68; CHAMIE, J.F., *La adaptación... cit.*, p. 66.

(90) *Vid.* OSTI, G., Clausola «*rebus sic stantibus*», *NNDI*, III, Torino, 1959, p. 354.

(91) THOMAS, J., “*Words are tools, not masters*”, en *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, I, Cisalpino-La Goliardica, Milano, 1982, 31. En contra de esta opinión, se manifiesta CHAMIE («*La adaptación... cit.*», p. 67) para quien resulta difícil pensar que en dicho contexto originario ya la operación hermenéutica del jurista fuese en términos de *praesumptio iuris* aplicable a la interpretación de todas las estipulaciones como contrato verbal.

las circunstancias de la estipulación deben ser interpretadas *rebus sic stantibus*, hayan o no advertido las partes esa posibilidad.

La solución del jurista clásico constituye un primer paso para la construcción medieval de la *rebus*, que en la época medieval acaba transformándose en un criterio de aplicación más general, fuera de los contratos *verbis*, que se perfeccionan de forma oral (92).

El segundo texto utilizado por los juristas medievales para la elaboración de la *rebus* fue un texto de Neracio donde se recoge la opinión de Servio para corregirla. En concreto se trata de D. D.12.4.8 (*Nerat. l.2 membr.*):

Servius in libro de dotibus scribit si inter eas personas, quarum altera nondum iustam aetatem habeat, nuptia factae sint, quod dotis nomine interim datum sit, repeti posse; sic intellegendum est, ut, si divortium intercesserit, priusquam utraque persona iustam aetatem habeat, sit eius pacuniae repetitio, donec autem in eodem habitu matrimonii permanent, non magis id repeti possit, quam quod sponsa sponso dotis nomine dederit, donec maneat inter eos adfinitas: quod enim ex ea causa nondum coito matrimonio datur, cum sic detur tamquam in dotem perventurum, quamdiu pervenire potest, repetitio eius non est (93).

Neracio informa que, en opinión de Servio, se podía repetir con la *condictio* el dinero entregado a título de dote en un matrimonio inválido por razón de la edad legal de uno de los esposos. Neracio mantiene que solo podrá repetirse la dote si se hubieran modificado las circunstancias por las que se hubiera dado a título de dote, distinguiendo dos supuestos: que el divorcio se produzca antes de que las personas alcancen la edad legal, en cuyo caso podrá exigirse la devolución de la dote, o que los esposos continúen juntos, es decir, subsista la afinidad entre ellos, donde no sería posible repetir la dote. La Glosa Acursiana se refiere al pasaje de Neracio (94), en relación con el término *potest*, recogido en el texto en la expresión «*mientras que sea todavía posible*» (*quamdiu pervenire potest*), del siguiente modo: «*“Sea posible”, como afirman los dialécticos, se extiende hasta el momento en que ambos están en vida, también realizado el divorcio no habrá repetición; en efecto, siempre es posible que tal matrimonio se realice. De cierto nosotros no operamos tal extensión, si no que juzgamos en relación con el momento presente y hablamos*

(92) Vid. OSTI, G. «La cosiddetta *clausola rebus sic stantibus* nel suo sviluppo storico, Rivista di Diritto Civile», 4 (1912), p. 1 ss.; CARDILLI, R., *Bona fides, Tra storia e sistema*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 155; CHAMIE, J.F., *La adaptación...* cit., p. 67.

(93) D. 12. 4. 8. (*Nerat. l. 2 membr.*). Lo que escribe Servio en el libro de las dotes «si entre estas personas una de las cuales no tiene aún la justa edad, se celebraron nupcias, aquello que a título de dote se dio en el intervalo puede ser repetido», debe entenderse de manera que en caso de intervenir el divorcio antes que la otra persona haya alcanzado la justa edad, se tenga la repetición del dinero, mientras que, en tanto que ellas permanezcan en la misma condición de matrimonio, el dinero no puede ser repetido más de cuanto se pueda repetir aquello que la novia haya dado al novio a título de dote mientras que exista entre ellos la afinidad: como en este caso, en efecto, la atribución ha sido hecha con base en aquella causa, que si bien no haya sido aún concluido el matrimonio, puesto que se ha dado para que sea dote, mientras que sea todavía posible que a tal título sea recibido, no puede haber repetición.

(94) FEENSTRA, R., “Impossibilities and *clausula rebus sic stantibus*. Some aspects of contract in continental legal history up to Grotius”, *Daube Noster. Essays in legal history for David Daube*, Edinburgh-London, 1974, p. 83.

como si las cosas permanecieran así como hasta ahora» (95). Con ello, Accursio quería resaltar que la repetición solo se excluía si *rebus sic se habentibus*, si las circunstancias, que originariamente gobernaban la relación obligatoria, permanecían igual (96)

Para la elaboración de la cláusula *rebus sic stantibus* no solo se tuvieron en cuenta los textos jurídicos comentados, sino también una serie de fuentes literarias de finales de la Republicana donde se recoge la misma idea (97). En concreto textos de Cicerón (*De off.*, 1.10 y 3.25) (98) y Séneca (*De benef.* 4, 35,4 y 39,4) (99). El primero afirma que hay promesas que no se deben cumplir por los cambios sobrevenidos e imprevistos producidos en la situación de hecho y formula algunos ejemplos que serán más tarde citados por los juristas posteriores. Así, el depositario de una espada no deberá restituirla al depositante que después enloqueció o el que hubiera recibido dinero en depósito no debería restituirlo al que ahora se levanta en armas contra la patria.

La Escolástica se basó en estos textos para poner las bases del reconocimiento de la promesa como fuente verdadera y propia de las obligaciones y para justificar la liberación del promitente cuando se hubieran producido eventos sobrevenidos e imprevistos que hubieran cambiado la situación de hecho (100). El proceso que condujo a la formulación de la cláusula *rebus sic stantibus* habría sido el siguiente: el texto de Cicerón, en el que se recoge el ejemplo de la espada que no debe ser restituida al depositante enloquecido, fue retomado por San Agustín de Hipona (*Enarrationes in psalmos*, V.7), de donde pasó al *decretum Gratianum* (XII.2.14) (101), en cuya glosa se menciona que la promesa de restitución de la espada de la que habla San Agustín había sido hecha bajo la condición: *si el estado de las cosas permanecían igual (si res eodem statu manserit)*, y, posteriormente, se recogería en las Decretales de Gregorio IX o *Liber Extra* (X.2.24-25).

(95) *Si istud 'potest' extendatur, ut dialectici dicunt, quamdiu uterque vivit, etiam misso repudio, non esset repetitio; nam Semper possibile est quod fiat matrimonium. Sed certe nos non extendimus, sed secundum praesens indicamus et rebus sic se habentibus loquimur*

(96) CHAMIE, J.F., «La adaptación... cit.», p. 68.

(97) OSTI, G., «La cosiddetta clausola... cit.», pp. 8 y ss.; ID., s.v. Clausola «*rebus sic stantibus*»... cit., p. 353 y ss.; FEENSTRA, R., «Impossibilitas... cit.», p. 80.

(98) Cic., *De off.*, 3.25.94: *Ac ne illa quidem promissa servanda sunt, quae non sunt iis ipsius utilia, quibus illa promiseris [...]; 95. Ergo et promissa non facienda nonnumquam neque semper deposita reddenda. Si gladium quis apud te sana mente deposuerit, repetat insaniens, reddere peccatum sit, officium non reddere. Quid? si is, qui apud te pecuniam deposuerit, bellum inferat patriae, reddasne depositum? Non credo, facies enim contra rem publicam, quae debet esse carissima...*

(99) Sen., *De benef.*, IV, 35, 4: *Non mutata spaiens consilium omnibus his manentibus, quae erant, cum sumeret [...] certum ad omnia cum exceptione venit 'si nihil inciderit, quod impediatur'; 39, 4: Subest, iniquam, tacita exceptio 'si potero', 'si debebo', 'si haec ita erunt'. Effice ut idem status sit cum exigis qui fuit cum promitterem: destituere levitas erit. Si aliquid intervenit novi, quid miraris, cum condicio promittentis mutata sit, mutatum esse consilium. Eadem mihi omnia praesta, et idem sum...*

(100) MARTÍNEZ DE MORENTÍN, M.L., «Sobre la construcción... cit.», p. 334.

(101) *Verbi gratia, tamquam, si cui gladius commendetur, et promittat se redditurum, cum ille, qui commendavit poposcerit; si forte gladium suum repetat furens, manifestum est, non esse reddendum, ne vel se occidat, vel alios, donec ei sanitas restituatur* (Así es, por ejemplo, cuando a uno le es dada en depósito una espada y él promete que la restituirá en caso de que aquél que la ha dado en custodia la solicite. Pero si este luego, caído en la locura, solicita la restitución de la espada, es claro que no debe serle restituída alguna cosa, hasta que él no esté sano, para que de esta manera no se cause daño a sí mismo o a otros).

Los comentaristas desarrollaron la idea de la Glosa (102). En opinión de Feenstra (103), Bártolo habría sido el primero en aplicarlo como condición implícita a un acto jurídico, en concreto, en relación con la renuncia de lo que se ha dado a título de dote (104). Mas se considera (105) que la generalización de la cláusula habría sido obra de Baldo (106), al extenderla a las *promissiones* e indicar que, así como la palabra *potest* del texto de Neracio se entiende *rebus sic se habentibus*, de la misma manera las promesas se entienden *rebus sic se habentibus*.

V. CONCLUSIONES

Del análisis de las fuentes se deriva que en los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación será necesario analizar cuándo se atribuye a la conducta del deudor (responsabilidad por dolo o culpa y, excepcionalmente, para algunos contratos, por custodia) o cuándo la imposibilidad no le es imputable al deudor. La jurisprudencia romana, casuista, determinará en qué medida ha de protegerse la pretensión del actor a través del ejercicio de la acción, que deriva del contrato, en relación con el contenido y la naturaleza de la relación obligacional, así como de las circunstancias del incumplimiento.

Aun así, para la época clásica se pueden identificar algunos principios generales derivados de las fuentes, aplicables a situaciones en que las circunstancias sobrevenidas, imprevisibles e inevitables, hacen imposible la prestación. Son los supuestos de *casus* y *vis maior* que, en general, exoneran de responsabilidad al deudor por el incumplimiento de su obligación cuando esta consista en dar una cosa determinada. No ocurrirá así cuando la obligación recaiga sobre cosas genéricas por aplicación del principio *genus nunquam perit*.

En las obligaciones de cumplimiento diferido y en las de tracto sucesivo es necesario saber quién soporta el riesgo o *periculum*, ya sea por pérdida de la cosa o ya sea porque la obligación se ha hecho parcialmente imposible o más gravosa para una de las partes, lo que exigirá un reequilibrio de las prestaciones. En este sentido,

(102) Para un estudio del desarrollo posterior de la *rebus sic stantibus*, vid. FEENSTRA, R., “Impossibilitas...”, p. 84 y ss.; CARDILLI, R., *Bona fides, Tra storia e sistema*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 158 y ss.; CHAMIE, J. F., *La adaptación...* cit., pp. 70 y ss.

(103) FEENSTRA, R., “Impossibilitas... cit.”, p. 84 y n. 75.

(104) En este sentido, en el comentario al texto de Neracio, afirma: Estas palabras [...] «en tanto que pueda contraerse matrimonio» deben ser entendidas *rebus sic se habentibus*, esto es mientras permanezca el noviazgo. Esto se tenga presente, porque cuando alguno renuncia en cualquier situación a todo derecho que tiene o puede tener, esto debe ser entendido *rebus sic se habentibus*, esto es con base en el derecho que existe en aquel momento, de la situación así como es o como se espera que sea. *Ista enim verba [...] quamdiu matrimonium contrahi potest debent intelligi rebus sic se habentibus, hoc est presentibus sponsalibus. Quod tene menti, quia quando quis renunciat in aliqua re omni iuri quod habet vel habere potest vel posset, oportet intelligi rebus sic se habentibus, hoc est ex aliquo iure quod est de presenti, re vel spe*, BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In secundam ff. veteris partem*, Venetiis, 1578, fol. 40 en <https://bit.ly/3uzW5x7> (Fecha de consulta 26-04-2021)

(105) Vid., DE LAS CASAS LEÓN, M.E., «¿La cláusula... cit.?» p. 14.

(106) *Nota quod verbum potest intelligitur rebus sic se habentibus, et sic intelligitur de potentia proxima et certa et ordinata, quia rebus sic se habentibus loquimur; et sic promissiones intelliguntur rebus sic se habentibus*, BALDI UBALDI, *In secundam Digesti Veteris partem. Commentaria, Venetiis*, 1576, fol. 59 en <https://bit.ly/2SGqADt> (fecha de consulta 10-05.2021).

el texto de Paulo, D.19.2.15.2, es un ejemplo de adaptación del contrato ante un evento sobrevenido, que debe ser irresistible (*cui resisti non potest*) y, por tanto, no imputable a las partes contratantes.

Para los casos, en que los acontecimientos sobrevenidos generen un cambio en las circunstancias iniciales de la relación obligatoria y la hagan parcialmente imposible o excesivamente gravosa, la jurisprudencia romana no elaboró una teoría general aplicable a todo tipo de relaciones sino que dio soluciones a los casos que se les planteaban, teniendo en cuenta las circunstancias del supuesto concreto (el hecho objetivo del cambio, la previsibilidad, la irresistibilidad del evento, la excesiva onerosidad del cumplimiento, la *bona fides* en la ejecución de los contratos de buena fe, el desequilibrio económico de las partes, etc.) En la actualidad, se recurre a la elaboración jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*, cuyo germen – como hemos visto – se encuentra en el Derecho romano, que llegó a aplicarla en algunas relaciones contractuales específicas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ANKUM, H., «Remissio mercedis», *RIDA*, 19 (1972), 219-238.
- ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, 14ª edic., Napoli, 1960
- «Frammenti di Ulpiano, libro 32 ad ed., in una pergamena de provenienza egiziana», *AG*, 153 (1957)1-2, pp. 140-158.
- *La compravendita in diritto romano*, I, Jovene, Napoli, 1961.
- ARIAS RAMOS, *Derecho Romano, II. Obligaciones, familia, sucesiones*, 17.ª edic., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1894.
- BALDI UBALDI, *In secundam Digesti Veteris partem. Commentaria, Venetiis*, 1576, fol. 59 en <https://bit.ly/2SGqADt> (Fecha de consulta 10-05.2021).
- BARON, “Diligentia exactissima, diligentissimus paterfamilias oder die Haftung für Custodia”, *Archiv Für Die Civilistische Praxis*, 52(1869)1, pp. 44-95 en <http://www.jstor.org/stable/41038293> (fecha consulta 13-03-2021)
- BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In secundam ff. veteris partem*, Venetiis, 1578, fol. 40 en <https://bit.ly/3uzW5x7> (Fecha de consulta 26-04-2021)
- BETTI, E., «Periculum. Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano» *JUS. Rivista di Scienze Giuridica*, 3 (1954) p. 33-85 (= Studi in onore de Pietro De Francisci, I, Giuffrè, Milano, 1956).
- CANNATA, C. A., «Alcune considerazioni ed ipotesi su PSI 1449», *Società Tipografica Modenese*, Modena, 1960, pp. 1-8 [*AG*, 159 (1960), 1-2, pp. 25-33].
- *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel Diritto Romano*, Giuffrè, Milano, 1966, 150 págs.
- *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di Diritto romano*, Catania, Ed. Libreria editrice Torre, 1996, 232 págs.
- CARDILLI, R., *Bona fides, Tra storia e sistema*, Giappichelli, Torino, 2004.
- *L’obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in Diritto Romano, (II sec. A.C.- II sec. D.C)*, Giuffrè, Milano, 1995.

- CHAMIE, J. F., *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos. De la vis cui resisti non potest a las cláusulas de hardship*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, 448 pp.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2003.
- DE LAS CASAS LEÓN, M. E., «¿La cláusula rebus sic stantibus como excepción al principio pacta sunt servanda?», *RGDR*, 33 (2019), pp. 1-36.
- DE MEDIO, A., «Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano», *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 20 (1908), pp. 157-209.
- DE ROBERTIS, F. M., *La responsabilità contrattuale nel diritto romano: dalle origini a tutta la età postclassica*, Caccuci Editore., Bari, 1994, 387 págs.
- DIEZ SOTO, C. M., Y GONZALEZ PACANOWSKA, I., «Los principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales y los efectos derivados de la COVID-19 sobre las relaciones contractuales: una perspectiva desde el Derecho español», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13 (2001) 1, pp. 180-237.
- FEENSTRA, R., “Impossibilitas and clausula rebus sic stantibus. Some aspects of contract in continental legal history up to Grotius”, *Daube Noster. Essays in legal history for David Daube*, Edinburgh-London, 1974, pp. 77-104.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano*, 6.^a edic., Madrid, Iustel, 2006.
- «COVID-19: Memoria histórica. El siglo de Pericles». *Memoria de la COVID-19* (8). *Newsletter TBS informa*, n.º 38, (publicado 24 de julio de 2020), pp. 7-9.
- FERNANDEZ DE BUJÁN, F., «Deductio mercedis. Forma alternativa de garantía del conductor», *RIDA*, 53 (2006), pp. 151-170.
- GERKENS, J. F., “Vis maior and vis cui resisti non potest”, *Fundamina*, 11 (2005)1, p. 119-120.
- GIARO, T., «Il limite della responsabilità ex cautione damni infecti (Contributo allo studio della forza maggiore nel diritto romano classico», *BIDR*, 38 (1975), pp. 271-283.
- GONZALBES CRAVIOTO, E y GARCÍA GARCÍA, I., «Una aproximación a las pestes y epidemias en la antigüedad», *Espacio, tiempo y forma. Serie II. Historia Antigua*, 26 (2013), pp. 63-82.
- GREGORACI, B., «El impacto de la COVID-19 en el Derecho de contratos español», *ADC*, LXXIII (2020)2, p. 455-490
- HEUMANN, H. G. y SECKEL, E., *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9.^a edic., Gustav Fisher Jena, 1926.
- IHERING, R., *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Verlag von Emil Roth, Giessen, 1867.
- KASER, M., *Das römische Privatrecht, I Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, Beck, München, 1955.
- KUNKEL, W., “Diligentia”, *ZSS*, 45 (1925), pp. 206-351.
- LUZZATO, G. I., *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale, I. Responsabilità per custodia*, Giuffrè, Milano, 1938.
- MAFFEI, D., *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori. Saggi.*, Giuffrè, Milano, 1957.
- MARTÍNEZ DE MORENTÍN, M.L., «Sobre la construcción del principio pacta sunt servanda rebus sic stantibus, su aplicación a los contratos y estado actual de la cuestión», *RIDA*, 61 (2014), pp. 329-362.

- MAYER-MALY, T., “Höhere Gewalt: Falltypen und Begriffsbildung”, *Grazer Rechts und Staatswissenschaftlichen Studien, Festschrift Arthur Steinwenter*, III, Hermann Böhlaus Nachf., Graz-Köln, 1958, pp. 58-77.
- MILELLA, O., «Casus e vis maior en Sen., *Ben.*, 4.39.3-4; 7.16.3», *Labeo*, 33 (1987) 3, pp. 267-297.
- MIQUEL, J., «Periculum locatoris. Ricerche in tema di responsabilità», *ZSS*, 81 (1964), pp. 134-190.
- OSTI, G., «La cosiddetta clausola *rebus sic stantibus* nel suo sviluppo storico», *Rivista di Diritto Civile*, 4 (1912), pp. 1-58.
- s.v. Clausola «rebus sic stantibus», *NNDI*, III, Torino, 1959.
- PINNA PARGAGLIA, P., *Vitia ex ipsa re. Aspetti della locazione in Diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1983, 207 págs.
- ROBINSON, O., “Casus in the Digest”, *Acta jurídica. Essays in honour of B. Beinart*, 2 (1977), p. 337-345
- ROCA SASTRE, R. M., «El riesgo en el contrato de compraventa», *Estudios de Derecho Privado*, I, Obligaciones y contratos, Ed. *Revista de derecho privado*, Madrid, 1948, pp. 384-403.
- SARGENTI, M., s. v. *Rischio (diritto romano)*, *EDD XL*, (1989).
- SITZIA, F., «Considerazioni in tema di periculum locatoris e di remissio mercedis», *Studi in memoria di Giuliana D’Amelio. I Studi storico-giuridici*, Giuffrè, Milano, 1978, pp. 331-361.
- TALAMANCA, M., s.v. Culpa a) Diritto romano y b) Diritto intermedio. *EDD*, VII, Varese, Ed. Giuffrè, 1960, pp. 517-533.
- Considerazioni sul periculum rei venditae, *Seminarios complutenses de Derecho romano*, 7 (1995), p. 217-296
- TAFARO, S., «Regula e ius antiquum in D. 50,17,23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale», Cacucci, Bari, 1984, 365 págs.
- THOMAS, J.C., *Remissio mercedis*, Studi in memoria di Guido Donatuti, III, Cisalpino, Milano, 1973, p. 1271-1277.
- “Words are tools, not masters”, en *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, I, Cisalpino-La Goliardica, Milano, 1982, pp. 23-32
- VISKY, K., « La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République », *RIDA*, 3 (1949), pp. 437-484.
- WATSON, A., *The Law of obligations in the later roman Republic*, Oxford University Press, Oxford, 1965.

EL CASO FORTUITO EN EL MODERNO DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

Iñigo de la MAZA GAZMURI*
Álvaro VIDAL OLIVARES**

Resumen

Este trabajo intenta proporcionar una breve aproximación al caso fortuito en el moderno derecho de las obligaciones. En esta tarea, distinguimos entre sus requisitos y consecuencias jurídicas. En lo que concierne a los requisitos, consideramos la esfera de control, la imprevisibilidad y la irresistibilidad. Por lo que toca a las consecuencias jurídicas, distinguimos entre la obligación afectada por la fuerza mayor y los remedios disponibles para el acreedor.

Palabras clave

Caso fortuito, incumplimiento contractual, remedios.

Abstract

This article intends to provide a brief account of force majeure in the modern law of obligations. In doing so we distinguish between its requisites and its consequences. Regarding to the requisites we consider the sphere of control, foreseeability and unavoidability. Concerning the consequences, we distinguish between the obligation affected by force majeure and the remedies available to the promisor.

Keywords

Force Majeure, breach of contract, remedies.

* Profesor de Derecho Civil. Universidad Diego Portales. Chile

** Profesor de Derecho Civil. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile. El artículo se enmarca en la ejecución de los Proyectos Fondecyt N.º 11811212 y N.º 1200734, de los cuales este autor es coinvestigador.

SUMARIO: I. Presentación. II. El supuesto de hecho. 1. La esfera de control. 2. Razonabilidad. 3. Imprevisibilidad. 4. Irresistibilidad. III. Las consecuencias jurídicas. 1. Una noción amplia y objetiva de incumplimiento. 2. La obligación afectada por el caso fortuito. 3. Los remedios del acreedor. IV. Palabras finales. V. Bibliografía.

I. PRESENTACIÓN

Una mirada a la literatura española sobre caso fortuito muestra que ha existido una preocupación por él, aunque menos intensa que respecto de otros temas importantes del Derecho de contratos (1). Probablemente, la razón es que, salvo situaciones completamente excepcionales como las que padecemos en estos días, el caso fortuito no se presenta con tanta frecuencia ni de manera tan amplia. Sin embargo, sucede con él algo semejante a lo que acontece con el error vicio del consentimiento: una agudizada percepción de él contribuye significativamente a afinar nuestra comprensión del Derecho de contratos en general (2).

Según desde donde se las mire, las cosas pueden presentar perfiles distintos. Aquellas de carácter jurídico no constituyen una excepción a esta regla. Por lo mismo, conviene explicitar el lugar desde donde pretendemos situarnos para considerar el caso fortuito. A partir del título de este trabajo, dicho lugar debería resultar relativamente obvio: el moderno derecho de las obligaciones. Lo que, sin embargo, resulta menos obvio es qué es aquello que designa la expresión «moderno derecho de las obligaciones». Se trata de una expresión que ha hecho fortuna en el ámbito español (3) y en algunos países latinoamericanos y que, según entendemos, designa un paradigma o modelo de regulación del fenómeno contractual cuyo antecedente más conspicuo es la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) y que, con posterioridad, ya sea a través de códigos civiles (4), directivas comunitarias (5), reformas a los códigos civiles (6), proyectos de reforma (7) e instrumentos de *soft law* (8), ha venido, progresivamente, impregnando el derecho europeo de contratos.

(1) Lo cual, por supuesto, no significa desconocer la calidad de los trabajos al respecto, así, por ejemplo, BADOSA COLL, F: «Art. 1105 CC», Comentarios Ministerio de Justicia, Edersa, Madrid, 1993; CASTILLA BAREA, M., *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Dykinson, Madrid, 2001. DEL OLMO GUARIDO, N., *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones. Doctrina y jurisprudencia*, Aranzadi, Thompson Reuters, Navarra, 2004.

(2) DE LA MAZA, I. y VIDAL OLIVARES, A., *Contrato y caso fortuito. Irresistibilidad y consecuencias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 24.

(3) Así, por ejemplo, MORALES MORENO, A. M., *La modernización del derecho de las obligaciones*, Civitas, Madrid, 2006.

(4) El Código Civil holandés.

(5) La Directiva 1999/44 sobre algunos aspectos de las compraventas de consumo.

(6) Estamos pensando en la reforma del derecho de obligaciones de 2001 del BGB y la de 2016 del Code.

(7) Español.

(8) Véanse los Principios Europeos de Derecho de Contratos (PECL), los Principios de Contratos Comerciales Internacionales (PICC) de UNIDROIT, o el Marco Común de Referencia

El que ofrecemos en las páginas siguientes es un bosquejo –inevitablemente grueso– de la anatomía del caso fortuito en el moderno derecho de obligaciones. Esa anatomía distingue entre su supuesto de hecho y las consecuencias de su aplicación. Por lo que toca al supuesto de hecho, presentamos sus tres requisitos, es decir, que esté más allá de la esfera de control, que resulte imprevisible e irresistible. En lo que concierne a las consecuencias, se trata de explorar no solo el impacto sobre la obligación afectada, sino que, además, sobre los remedios de que dispone el acreedor.

II. EL SUPUESTO DE HECHO

Siguiendo una nomenclatura suficientemente aceptada, empleamos la expresión «supuesto de hecho» para designar el conjunto de requisitos que deben coincidir para que tenga lugar la aplicación de una determinada norma o conjunto de normas, en este caso, aquellas relativas al caso fortuito. Los requisitos que, actualmente, se exigen son ajenidad a la esfera de control, imprevisibilidad e irresistibilidad. En ese orden los consideramos.

1. LA ESFERA DE CONTROL

Como resulta bien sabido, el artículo 1105 del CC español dispone 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». Sin embargo, parejamente, la doctrina más autorizada ha señalado que aquello que se califica como caso fortuito debe encontrarse fuera de la esfera de control del deudor. (9)

Considerar la fisonomía de este requisito en el moderno derecho de las obligaciones permite, además de comprenderlo, advertir una forma de distribución de riesgos que no resulta intuitiva desde una teoría más clásica del contrato, centrada en las obligaciones del deudor.

Un ejemplo contribuirá a ilustrar esta idea. (10) Los trabajadores del deudor, a través de un ilícito penal impiden que este pueda cumplir con su obligación. Aun cuando el deudor demuestre que dicha circunstancia no era previsible ni

(DCFR, por sus siglas en inglés).

(9) En España, es el profesor Pantaleón Prieto, indica que la palabra «suceso» que emplea el artículo 1105 CC debe interpretarse como «impedimento ajeno al ámbito de control del deudor». PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad contractual», en *ADC*, 1991, pp. 1059 a 1072; MORALES MORENO, A. M., «Evolución del Concepto de Obligación en el derecho español», en MORALES MORENO, A. M., *La Modernización del derecho de obligaciones*, Thompson Civitas, Navarra, 2006, p. 54; DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias*, Civitas, Navarra, 2008, p. 727; CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, 2 ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, 20/16 y 20/17.

(10) Múltiples ejemplos, en SCHWENZER, I., “Article 79”, en SCHLECTRIEM, P. y SCHWENZER, I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

podría resistirse, estará impedido de alegar caso fortuito y resultará responsable del incumplimiento.

La razón es la siguiente, dicha circunstancia se encuentra en un ámbito de riesgos que el contrato ha asignado al deudor; de esta manera, el deudor ha garantizado un determinado resultado, por lo mismo, de nada sirve que ahora alegue que el hecho no le es imputable por su carácter imprevisible e irresistible. (11)

Convendrá detenerse por unos momentos en la noción de esfera de control.

El artículo 74 de la LUCI de 1964 –que es el antecedente inmediato del artículo 79 CISG– recoge la regla de la esfera de control. Según la opinión del profesor Stoll dicho artículo 74 plasma el «principio de la controlabilidad del riesgo» que entiende constituye una concreción de la «Teoría de las Esferas de control» de Ernest Rabel.

En conformidad con este principio, explica el autor, el deudor no solo asume la responsabilidad por los riesgos por él previstos concretamente al momento de contratar, sino por todos aquellos que puede y debe controlar. Dentro de los riesgos que puede controlar se encuentran, desde luego, los incumplimientos culposos, al ser siempre previsibles, evitables y superables. La responsabilidad típica del deudor se extiende más allá de la noción de culpa, comprendiendo todos los eventos que se originan en su esfera y que, por esta razón, siempre pueden mantenerse bajo su control mediante la adopción de medidas que le son exigibles conforme a la regla contractual (12).

Según el propio Rabel, también comentando el citado precepto, la idea de la esfera de control explica que el contrato asigna a cada parte todos los eventos que encuentran su origen dentro de lo que representa su propia esfera, con independencia de su culpabilidad y, también, aquellos que, hallándose fuera de la misma, las partes estaban obligadas a tenerlos en cuenta o a evitarlos o superarlos según el contenido y finalidad del contrato (13).

Por su parte, precisando aquello que incluye la esfera de control del artículo 79 de la CISG, la profesora Ingeborg Schwenzer indica que:

«The promisor’s typical sphere of risk includes responsibility for his own sphere, such as his financial capacity or for personal circumstances, procurement risk, utility risk, and liability for his own personnel (14)».

(11) El profesor MORALES MORENO indica que: «Según su artículo 79 CISG, el deudor responde de cualquier impedimento (factor determinante del incumplimiento) que se haya producido en el ámbito de su «esfera de control». Es, además, un sistema adecuado a la consideración de la vinculación contractual como garantía de un resultado (satisfacción del interés del acreedor). Implica que el deudor gestiona en su ámbito de control la ejecución del contrato y asume el riesgo de lo que en ese ámbito suceda, aunque no de modo absoluto, en la idea del CC (cf. arts. 1783, 1784 y 1601 CC)». «Evolución de Concepto de Obligación en el Derecho español», p. 52.

(12) STOLL, H., «Art. 74 LUCI», en DÖLLE (ed.), *Kommentar zum Einheitlicher Kautrech*, Frankfurt, S/E, 1967, p. 54 (18s).

(13) RABEL, E., *Gesammelte Aufsätze*, Bearbeitung Norbert, Tübingen, 1967, p. 342 y ss.

(14) SCHWENZER, I., “Article 79”, en SCHLECTRIEM, P. y SCHWENZER, I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 1134.

Concluye afirmando que:

«The promisor typically is liable for his own sphere. He is not exempted under Article 79 by circumstances that have their origin in his person. Even unforeseen illness, death or arrest of the promisor or of one of his key employees does not exempt the promisor because, according to common trade understanding, the risk of such personal impediments to performance is borne by the promisor. The promisor is further responsible for his sphere of control, *i.e.* for impediments attributable to the nature or organization of his sphere of control, for example, a failure of production or accounting systems or the data processing equipment. Furthermore, the promisor is responsible for correct organization and trouble-free passage of steps necessary to prepare for and perform the contract; he is particular responsible for adequate storage facilities. In such cases exemption under Article 79 can only be considered if the operational disruption was caused by external impediment (natural catastrophe, epidemic, etc.)». (15)

2. RAZONABILIDAD

Más allá de la esfera de control, el deudor responde por su incumplimiento, salvo que se trate de un imprevisto irresistible. En los apartados posteriores (3 y 4) nos referimos a estos dos requisitos. Por ahora, nos interesa subrayar la forma en que se aproxima el moderno derecho de las obligaciones a estos dos requisitos.

«Imprevisible» e «irresistible» son expresiones vagas, es decir, su uso suele determinar que sea «dudosa la inclusión de un hecho o de un objeto concreto dentro del campo de ella (16)». Así, una guerra puede ser imprevista para un pequeño comerciante, pero no para una transnacional, o bien, los efectos de un terremoto pueden resultar insuperables para un deudor, pero no para otro.

Puestas las cosas de esta manera, un desafío común frente a las exigencias de imprevisibilidad e irresistibilidad es de concreción. La pregunta, entonces, es la siguiente ¿imprevisible e irresistible para quién?

En el moderno derecho de obligaciones, esta pregunta se responde con cargo a un modelo de conducta: el de la persona razonable. De esta manera, el artículo 79 (1) de la CISG establece que:

«1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias».

(15) SCHWENZER, I., "Article 79", en SCHLECTRIEM, P. y SCHWENZER, I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 1138. Para el derecho español pueden consultarse los ejemplos de PANTALEÓN, F., («Sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate», en *ADC.*, n.º 44, 1991, pp. 1069-1071).

(16) CARRIÓ, G., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 3.ª Ed., Abeledo-Perrot. Buenos Aires: 1986, p. 137.

Por su parte, el artículo 8:108 (1) de los PECL

«(1) A party's non-performance is excused if it proves that it is due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably have been expected to take the impediment into account at the time of the conclusion of the contract, or to have avoided or overcome the impediment or its consequences».

En fin, el artículo 7.1.7 (1) de los PICC:

«(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias».

Por su parte, los PECL son los únicos que definen razonabilidad (*reasonableness*) en su artículo 1:302

«*Under these Principles reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable the nature and purpose of the contract, the circumstances of the case, and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account.*».

La misma regla es recogida por el DCFR y CESL, aunque agregan que la determinación de aquello que es razonable se hace objetivamente. (17)

En fin, el artículo 1218 del CC francés:

«*Il a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.*».

Como se ve, la métrica para mensurar la imprevisibilidad y la irresistibilidad del impedimento es el de una persona razonable, puesta en la situación del deudor.

De esta forma, parece conveniente advertir que la expresión caso fortuito no ha de aplicarse de manera completamente abstracta, como si se afirmara que un terremoto o una inundación son un caso fortuito, sino relacionadamente, es decir, relacionada con una determinada obligación, aquella afectada por el impedimento. Y, entonces, por ejemplo, la pregunta ha de ser, ¿constituye un terremoto un caso fortuito respecto de la obligación de suministrar una partida de productos farmacéuticos en un determinado lugar y fecha respecto de un preciso deudor?

3. IMPREVISIBILIDAD

Como acaba de quedar dicho, si los riesgos se encuentran dentro de la esfera de control del deudor, esa circunstancia resulta suficiente para que no pueda alegar el caso fortuito. Respecto de aquellos riesgos situados fuera de la esfera de control, por así decirlo, cesa el lenguaje de las garantías y comienza el de las obligaciones. Aquella parte que quiera liberarse de la obligación de indemnizar deberá acreditar que su incumplimiento obedeció a una causa razonablemente imprevisible e irresistible.

(17) SCHMIDT, J., "Art. 1:302", en JANSEN; ZIMMERMANN, *Commentaries on European Contract Law*, Oxford University Press, New York, 2018, pp. 172-173.

Por lo que toca a la imprevisibilidad, que es el requisito que aquí interesa, Ingeborg Schwenzer ha sugerido lo siguiente:

«*The decisive test is whether a reasonable person in the shoes of the promisor, under the actual circumstances at the time of the conclusion of the contract and taking into account trade practices, ought to have foreseen the impediment's initial or subsequent existence (18)*».

La síntesis de la profesora Ingeborg Schwenzer parece suficiente (19). Con todo, debe prevenirse que se trata de un aspecto que no ha resultado pacífico. No hay duda de que el caso fortuito puede consistir en un evento subsecuente; sin embargo, no aparece como totalmente claro, más allá de la CISG (20), qué sucede tratándose de impedimentos originarios.

Así, por ejemplo, tratándose de los PECL, Thomas Rűfner entiende que, si el impedimento ya existía al tiempo de la celebración del contrato, entonces se aplicaría el artículo 4:103 que disciplina el error, de esta manera, el caso fortuito se aplicaría únicamente a impedimentos sobrevenidos. (21)

Se trata de una de una opinión discutible. La razón es que, como dispone el artículo 4:119 de los PECL: «*A party who is entitled to a remedy under this Chapter in circumstances which afford that party a remedy for non-performance may pursue either remedy*». De esta manera, frente a un impedimento originario, será el acreedor quien elegirá si administrar el asunto bajo las reglas del error o las del incumplimiento. Si lo hace bajo las del incumplimiento, entonces ese impedimento originario debiese ser tratado como un caso fortuito. En tanto, tratándose de los PCCI, el artículo 3.2.4 dispone que: «Una parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en los que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado remedios por incumplimiento», por lo mismo, el acreedor debe enderezar su pretensión según las reglas del incumplimiento y, entonces, el impedimento originario será tratado como un caso fortuito. (22)

(18) SCHWENZER, I., "Article 79", en SCHLECTRIEM, P. y SCHWENZER, I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p.1134. Respecto del nuevo artículo 1218 del Código Civil francés, que contiene una idea semejante, puede consultarse LARROUMET, C. y BROS, S., *Traité de droit civil. Les obligations, le contrat*, 9ª ed, Economica, París, 2018, p. 778.

(19) La cuestión de la previsibilidad es una frecuente en el derecho de contratos, también en la responsabilidad extracontractual, los análisis al respecto resultan perfectamente útiles para este requisito del caso fortuito. Un provocativo análisis de la previsibilidad en OWEN, D., "Figuring Foreseeability", en *Wake Forest Law Review*, vol. 44, 2009, pp. 1277-1307.

(20) ATAMER indica que la CISG no distingue según el impedimento sea inicial o sobreveniente, de manera que la imposibilidad originaria no afecta la validez del contrato. Añade que, aunque según el artículo 4 de la CISG excluye de su ámbito de aplicación la validez del contrato y de algunas de sus estipulaciones, si se considera que el concepto uniforme de incumplimiento. Expresa que: "Since the Convention works with a uniform concept of breach of contract without differentiating between types of breach, a non-performance due to an antecedent impossibility is covered by the scope of application just like any other non-performance. The approach of the Convention does not allow for differentiation based on the reasons and timing of non-performance and its provisions take precedent over national rules"; ATARNER, Y., "Art. 79", en KRÖLL; MISTELIS; PERALES VISCASILLAS, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, A Commentary*, Portland, Hart, 2018, p. 1057.

(21) RŪFNER, T., "Art. 8:101" en JANSEN; ZIMMERMANN, *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, New York, 2018, p. 1175.

(22) PICHONNAZ, P. "Art. 7.1.7" en VOGENAUER, Stefan (ed.), *Commentary on UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 867. Indica que un impedimento inicial que hace imposible el cumplimiento también cae en el ámbito del

4. IRRESISTIBILIDAD

Un segundo requisito para que opere el caso fortuito es el de la irresistibilidad del impedimento y de sus consecuencias.

Lo anterior significa que el impedimento, de una parte, no podía evitarse ni superarse. De otra, que, si sucede, no podían evitarse ni superarse sus consecuencias. (23)

En otras palabras, en primer lugar, si el impedimento era evitable, es decir el deudor podía resistir su acaecimiento adoptando las medidas razonables, no hay caso fortuito.

En segundo lugar, aún si era inevitable, puede ser que fuera superable; si es así, una vez más, no hay caso fortuito.

En tercer lugar, aún si el impedimento era inevitable e insuperable, es necesario preguntarse acerca de sus consecuencias respecto del cumplimiento. Se trata de determinar si dichas consecuencias eran o no razonablemente inevitables e insuperables para el deudor.

Si las consecuencias eran evitables, es decir si el deudor aun así podía cumplir, debió hacerlo. Si no lo hace, no hay caso fortuito. Finalmente, aún si eran inevitables tales consecuencias, y hay caso fortuito, para determinar sus efectos, habrá que preguntarse si, razonablemente, podían superarse. Mientras tales consecuencias son insuperables, el caso fortuito produce sus efectos.

Un ejemplo contribuirá a aclarar esta idea. Se trata de uno de aquellos de los PECL (24).

Una bodega contiene materia prima de un fabricante farmacéutico. De manera imprevisible resulta inundada, arruinándose la materia prima.

La primera pregunta es si la inundación, razonablemente, podía evitarse. Si no es así, la siguiente pregunta es si, frente a su acaecimiento, el deudor podía superarlo, por ejemplo, retirando la mercadería antes de que se arruine.

artículo 7.1.7, debido a que la imposibilidad inicial no afecta la validez del contrato (Art. 3.3 (1)). Añade que el deudor es responsable por la imposibilidad inicial salvo que pruebe la fuerza mayor.

(23) Convendrá recordar que el artículo 79 (1) de la CISG establece este requisito en los siguientes términos:

«1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que [...] no cabía razonablemente esperar que [...] lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias».

Este requisito presupone que el deudor, ante un impedimento ajeno a su esfera de control e imprevisible, está obligado a evitar y superar el impedimento o sus consecuencias, cumpliendo, de esta forma, el contrato.

La profesora SCHWENZER explica que:

“As a rule, the promisor can be expected to overcome an impediment in order to perform the contract in the agreed manner, even when this incurs greatly increased cost and even a loss resulting from the transaction”. (1135)

Añade que:

“The extent and nature of the efforts which can be expected of the promisor to overcome the impediment or its consequences in particular cases must, here again, primarily be determined by means of the contractual allocation of risks”. SCHWENZER, I., “Article 79”, en SCHLECTRIEM, P. y SCHWENZER, I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 1135.

(24) Article 8:108: Excuse Due to an Impediment, LANDO, O. y BEALE, H. (eds.), *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2000, p. 382.

A continuación, frente a este evento inevitable e insuperable que arruinó la mercadería, resulta necesario determinar si el deudor podía, razonablemente, evitar el incumplimiento, por ejemplo, adquiriendo mercadería de otro proveedor. Si no lo podía evitar, operará el caso fortuito y queda obligado, si es que así resulta razonable, a superar tales consecuencias y cumplir. Por lo tanto, quedará exonerado de responsabilidad por el retraso en el envío de la materia prima a los clientes, no solo durante la inundación, sino que, además, por el tiempo necesario para obtener nuevas mercancías.

La irresistibilidad así entendida constituye una regla de conducta que impone al deudor un deber más allá de lo que razonablemente pudo tener en cuenta al celebrar el contrato. Tal deber equivale a la idea de la diligencia promotora del cumplimiento divulgada en España por el profesor Ferrán Badosa Coll, según la cual el deudor queda obligado a superar obstáculos, incluso imprevisibles, que afecten el normal desenvolvimiento de la prestación, procurando, de esta forma, que el proyecto de prestación sea realidad. (25)

Advertido en qué consiste la irresistibilidad, convendrá ahora presentar dos ideas que contribuyen a determinar sus bordes. La primera es la del sustituto comercialmente razonable. La segunda, el sacrificio económico.

La idea del sustituto comercialmente razonable proviene del derecho estadounidense (26) y consiste en una en una propuesta de modificación razonable de los términos del contrato (27). Siendo de esta manera, el deudor tiene el derecho de proponerlo y el acreedor el derecho a pedirlo.

(25) BADOSA COLL, Ferrán, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, p. 175.

(26) La figura del «sustituto comercialmente razonable» proviene del derecho norteamericano como una forma de superar la «impracticabilidad comercial del cumplimiento» de la § 2-615 Uniform Commercial Code “Excuse by failure of Presupposed Conditions” y que en su literal a) expresa que:

“a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid”.

Por su parte, reconociendo el derecho del deudor a ofrecer un sustituto comercialmente razonable, la § 2-614. (Substituted Performance):

“Where without fault of either party the agreed berthing, loading, or unloading facilities fail or an agreed type of carrier becomes unavailable or the agreed manner of delivery otherwise becomes commercially impracticable, but a commercially reasonable substitute is available, such substitute performance must be tendered and accepted”.

Y, en fin, la § 2-616, (Procedure on Notice Claiming Excuse), que confiere el derecho al comprador de exigir un sustituto al vendedor, prescribe que:

“(1) Where the buyer receives notification of a material or indefinite delay or an allocation justified under the preceding section he may by written notification to the seller as to any delivery concerned, and where the prospective deficiency substantially impairs the value of the whole contract under the provisions of this Article relating to breach of installment contracts (Section 2-612), then also as to the whole,

(a) terminate and thereby discharge any unexecuted portion of the contract; or
(b) modify the contract by agreeing to take his available quota in substitution”.

(27) 2-103 UCC.

Se trata de una idea que no está explícitamente recogida en la CISG (28), sin embargo, en opinión de la profesora Ingeborg Schwenzer, ante el impedimento inevitable y superable, el deudor igualmente, si según las circunstancias resulta razonable, debe cumplir la incluso a través de una prestación sustituta comercialmente razonable debiendo comunicarlo al acreedor en la noticia del artículo 79 (4) de la CISG. El acreedor podrá aceptarlo y si lo rechaza deberá justificarlo. La métrica para determinar si la negativa es o no injustificada es si la falta de conformidad de la prestación propuesta respecto de la originalmente pactada constituye un incumplimiento esencial. De no serlo, el acreedor debe aceptar el sustituto. (29)

La segunda idea es la del sacrificio económico. El deber de resistir las consecuencias del impedimento admite un límite cuando superar dichas consecuencias impone al deudor un costo que excede el «sacrificio económico» que, según la distribución de riesgos del contrato, debe soportar. Si es el caso, quiere decir que, pese a que materialmente es posible cumplir, el deudor queda liberado de hacerlo por razones de orden económico.

Conviene advertir que la existencia de este límite se propone respecto la CISG y no de los PECL y los PICC. La razón de que así sea, entendemos, es que estos dos últimos instrumentos, a diferencia de la CISG, contienen una regla para la alteración sobrevenida de las circunstancias que, precisamente, permite al deudor excusarse de cumplir debido a que dicha alteración provoca que la ejecución del contrato sea excesivamente más onerosa (30).

Pues bien, la CISG no incorpora una regla como aquella y es por esta razón que surge la necesidad de definir un límite económico a al deber de resistir el caso fortuito que, en definitiva, aunque en un escenario distinto –el de la superación de las consecuencias del impedimento– sirve como excusa del cumplimiento, al liberar permanentemente al deudor de su prestación (31). Sobre el punto la profesora Ingeborg Schwenzer indica:

«[...] *that does not rule out possibility of protection for the promisor in exceptional case where compelling him to perform the contract in the agreed form would push him beyond the 'limit of sacrifice' and where the risk was unavoidable and unforeseeable* (32)».

(28) Sin embargo, en los comentarios al artículo 65 del proyecto de Convención de 1978, para ilustrar el alcance de la regla del carácter irresistible del impedimento, se propone el siguiente ejemplo: Ejemplo 65 D: El contrato tiene por objeto mercaderías que deben ser embaladas en envases plásticos. En el tiempo en que el embalaje debía haber sido terminado, los envases plásticos no estaban disponibles en el mercado, por razones que el vendedor no pudo evitar [*fuera de su control*]. Sin embargo, existían otros materiales de embalaje disponibles. El vendedor debe superar el impedimento, empleando tales materiales sustitutivos, sin que pueda negarse a efectuar la entrega de las mercaderías. Si el vendedor emplea materiales de embalaje que son un sustituto comercialmente razonable de los pactados en el contrato, él no sería responsable por daños. Ejemplo 65 D UNCITRAL, Secretariat Commentary, Art. 65, *op. cit.*, par. 7.

(29) SCHWENZER, I., *op. cit.*, p. 1135; ATARNER, Y., *op. cit.*, p. 1061.

(30) El artículo 6.2.2 de los PICC y el artículo 6:111 de los PECL.

(31) NICHOLAS, B., “Impracticability and Impossibility in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, en *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, School of Foreign and Comparative Law, Columbia University, Columbia, 1984, pp. 5-16.

(32) SCHWENZER, I., “Article 79”, en SCHLECTRIEM, P. y SCHWENZER, I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 1147.

III. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

El caso fortuito suele presentarse como una causa de exoneración de responsabilidad y una defensa frente a la pretensión de cumplimiento. Esto, desde luego, es correcto, pero no es toda la historia.

Un adecuado tratamiento de sus consecuencias jurídicas aconseja examinar sus efectos no solo sobre la obligación afectada, sino que, además, sobre la situación del acreedor de dicha obligación. Al proceder de esta manera, se descubre que el estudio de las consecuencias del caso fortuito corresponde a un examen de la forma en que se desenvuelven los remedios del acreedor frente al incumplimiento contractual provocado por un caso fortuito.

Para comprender esta idea, resultará útil comenzar por la noción de incumplimiento contractual en el moderno derecho de obligaciones.

1. UNA NOCIÓN AMPLIA OBJETIVA DE INCUMPLIMIENTO

Según nos parece la noción de incumplimiento que asume el moderno de las obligaciones es objetiva. Así, por ejemplo, en el artículo 7.1.1 de los PICC se establece lo siguiente: «El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío».

En los comentarios al precepto se indica que:

«Se debe prestar especial atención a dos características de la definición.

La primera es que la definición de “incumplimiento” incluye tanto las formas de cumplimiento defectuoso o tardío, como las de incumplimiento total [...].

La segunda característica es que, para los propósitos de los Principios, el concepto de incumplimiento incluye tanto el incumplimiento no excusable como el excusable (33)».

Entonces, la noción de incumplimiento contractual es amplia porque cubre cualquier manifestación de disconformidad entre lo pactado y aquello que, en realidad sucede, esto es, lo ejecutado por el deudor. Es objetiva pues el reproche –culpa, imputabilidad subjetiva o como quiera denominársele– no forma parte de la noción de incumplimiento. Cuestión distinta es que pueda formar parte del particular tipo de incumplimiento que requiere un remedio específico.

Nuestra sugerencia es que esta noción objetiva de incumplimiento contractual permite aproximarse con mayor comodidad a las consecuencias del caso fortuito.

(33) UNIDROIT, *Comentarios Oficiales*, S/E, Roma, 2016, p. 245. Por su parte, Schelhaas indica que el modelo actual impone la necesidad de una noción unitaria y amplia del incumplimiento, al permitir una más adecuada satisfacción del interés del acreedor afectado por tal incumplimiento. Así, la definición de incumplimiento del artículo 7.1.1 de los PICC faculta al acreedor a optar por cualquiera de los remedios previstos en el Capítulo 7. SCHELHAAS, H., “Article 7.1.1”, en VOGENAUER, S. (ed.), *Commentaries on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 829. También puede prestarse atención al artículo 1:301(4) de los PECL y sus comentarios.

La razón es que, al entender que el incumplimiento es una noción neutra, a la vez, se descubre que el caso fortuito no excluye el incumplimiento contractual y, de esa manera, se advierte que la consideración de sus efectos no se limita a la obligación afectada, sino que, también, alcanza a los remedios frente a dicho incumplimiento.

2. LA OBLIGACIÓN AFECTADA POR EL CASO FORTUITO

Ante todo, con independencia de si el caso fortuito obstaculiza total o parcialmente el incumplimiento o bien es de carácter transitorio o definitivo, la obligación afectada por el caso fortuito no se extingue. (34)

A continuación, habrá que advertir que, satisfechos los requisitos del caso fortuito y mientras se mantenga la irresistibilidad, la obligación afectada no es exigible ni su incumplimiento autoriza a solicitar la indemnización de perjuicios.

Por otra parte, tanto en la CISG, como en los PECL y los PICC se asume que la regla consiste en que los efectos del caso fortuito son de carácter transitorio. Así, por ejemplo, lo expresa el artículo 7.1.7 (2):

«(2) Cuando el impedimento es solo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato».

De este modo se explica que la regla del caso fortuito imponga al deudor la carga de comunicar al acreedor el impedimento y sus efectos en su capacidad para cumplir. El mismo artículo 7.1.7 (3) indica que:

«(3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción».

Desde luego, el carácter temporal como regla no excluye que el caso fortuito pueda producir efectos permanentes. Claramente los producirá cuando se trate de un impedimento definitivamente irresistible para el deudor. Si es el caso, el deudor resultará liberado permanentemente de cumplir y no será responsable de los daños derivados de su incumplimiento.

3. LOS REMEDIOS DEL ACREEDOR

Como ha quedado dicho, el caso fortuito determina un incumplimiento contractual.

Frente a dicho incumplimiento, el acreedor no cuenta ni con la posibilidad de solicitar la ejecución específica –en la medida en que se mantenga la irresistibilidad del impedimento– ni la indemnización de perjuicios. Sin embargo, resta preguntarse ¿qué sucede respecto de los otros remedios?

(34) A diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el artículo 1218 del Código Civil francés en el que, si el impedimento es definitivo, el contrato se resuelve de pleno derecho.

Los profesores Luis Díez-Picazo, Encarna Roca y Antonio-Manuel Morales han sugerido lo siguiente respecto del artículo 8.108 de los PECL:

«(b) El incumplimiento permite a la parte insatisfecha recurrir a cualquiera de los remedios propios del mismo previstos en capítulo nueve, (c) excepcionalmente se excluye la utilización de esos remedios en los casos en que exista una causa de exoneración prevista en el art. 8.108. Las causas de exoneración restringen la utilización de la acción de cumplimiento y de la pretensión indemnizatoria; por el contrario, las causas de exoneración no limitan la aplicación del resto de los remedios: la excepción de contrato no cumplido, la resolución, la reducción del precio(35)».

Convendrá confrontar esta opinión con la CISG, los PCCI y los PECL.

El artículo 79 5) de la CISG, en los siguientes términos:

«5) Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención».

Por su parte, el artículo 7.1.7 de los PCCI dispone que:

«(4) Nada de lo dispuesto en este artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido».

Finalmente, el artículo 8:101 (2) de los PECL:

«(2) *Where a party's non performance is excused under Article 8:108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9 except claiming performance and damages*».

¿Qué se aprende de todas estas normas? En primer lugar, que el incumplimiento causado por el caso fortuito deja a disposición del acreedor los remedios frente al incumplimiento, con excepción de la indemnización de daños.

Por lo que toca al cumplimiento específico, debemos distinguir si el caso fortuito es de carácter transitorio o definitivo. Si es de carácter transitorio, entonces la posibilidad de solicitarla se suspende mientras las consecuencias sigan siendo irresistibles. En cambio, si el caso fortuito es de carácter definitivo, el deudor se libera de la obligación de cumplir. En palabras de Schwenger:

«[...] *the CISG generally leaves the promisee's right to require specific performance unaffected according to Article 79 (5). The German proposal that the wording should make clear that, if the impediment were of permanent nature, specific performance could not be insisted on was rejected at the Vienna Conference because it was felt that, in the case of actual impossibility, no problems would arise in practice, whereas the categorical removal of the right to specific performance could impair the promisee's accessory rights. Upholding the right to claim specific performance where the promisor has gained exemption under Article 79 is entirely sensible if performance remains possible at a later point in time, by repair or delivery of substitute goods, etc. (36)*»

(35) DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E. y MORALES MORENO, A.M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*. Madrid, Civitas, 2002, p. 326.

(36) SCHWENZER, I., "Article 79", en SCHLECTRIEM, P. y SCHWENZER, I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 1150. En el mismo sentido, respecto de los PECL, DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E. y MORALES MORENO, A.M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*. Madrid: Civitas, 2002, pp. 326-327.

Los remedios que restan, entonces, son la resolución, la suspensión y la reducción del precio, que serán procedentes, por supuesto, en la medida en que se configure el supuesto de hecho de cada uno de ellos. Así, en el caso de la resolución, que el incumplimiento sea esencial o en el de la suspensión que los incumplimientos sean equivalentes o en la reducción la falta de conformidad o cumplimiento defectuoso.

Lo anterior nos parece evidente; sin embargo, nos interesa dejar apuntado un aspecto respecto de la resolución. Resulta claro que, en la medida en que se reconoce un incumplimiento de la obligación afectada por el caso fortuito, el acreedor de dicha obligación podrá resolver el contrato. Nuestra pregunta se refiere a la parte cuya obligación se vio afectada por el caso fortuito. ¿Podría solicitar la resolución del contrato por su propio incumplimiento? La respuesta es que no. Sin embargo, esto no significa que no pueda solicitar la resolución en ninguna circunstancia.

Podemos imaginar un caso en que dispondrá del remedio resolutorio, se trata de aquella circunstancia en que el acreedor optó por suspender su propia prestación, produciéndose un supuesto de incumplimientos recíprocos.

En este supuesto, en la medida en que se trate de un incumplimiento esencial, cualquiera de las partes podrá solicitar la resolución, sin que sea un obstáculo el que el incumplimiento no sea reprochable a ninguna de ellas.

Este reconocimiento de la facultad de resolver explica que en el número 5 del artículo 79 de la CISG se les reconozca titularidad a ambas partes. (37)

IV. PALABRAS FINALES

Una mirada, aun tan breve como esta, a la anatomía del caso fortuito en el moderno derecho de obligaciones permite comprenderlo como un dispositivo de distribución de riesgos más complejo que el simple modelo obligacional del contrato. Así, la idea de esfera de control enseña que el deudor garantiza ciertos resultados y, únicamente, más allá de ellos se puede exonerar de responsabilidad.

Por otra parte, se aprende que el caso fortuito puede ser otro de los múltiples dispositivos para adjudicar el riesgo de información defectuosa, tales como el error o los vicios redhibitorios.

A continuación, se advierte que el requisito de la irresistibilidad permite aproximarse a una figura poco explorada –al menos hasta donde llegan nuestras noticias– en el derecho español: el sustituto comercialmente razonable.

En fin, al examinar las consecuencias del caso fortuito aparece algo que no siempre se presenta como evidente: el caso fortuito origina un incumplimiento contractual, por lo tanto, el examen de sus consecuencias corresponde, en definitiva, a un estudio de los remedios del acreedor frente a este incumplimiento.

(37) Si bien la doctrina al pronunciarse sobre el artículo 79 (5) CISG, solo presta atención a que la disposición priva al acreedor de la indemnización de perjuicios, conservando los restantes remedios, no ha de olvidarse que el citado precepto reconoce expresamente que: «... impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención». Quiere decir, entonces, que ambas partes –la afectada por el impedimento y el acreedor– disponen de los remedios que la CISG les reconoce.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ATAMER, Y., “Art. 79”, en KRÖLL; MISTELIS; PERALES VISCASILLAS, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, A Commentary*, Portland, Hart, 2018.
- BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987.
- BADOSA COLL, F., “Art. 1105 CC”, *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Edersa, Madrid, 1993.
- CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, 2.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.
- CARRÍO, G., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970.
- CASTILLA BAREA, M., *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Dykinson, Madrid, 2001.
- DE LA MAZA, I. y VIDAL, A., *Contrato y caso fortuito. Irresistibilidad y consecuencias*, Tirant lo Blanch, Santiago, 2020.
- DEL OLMO GUARIDO, N., *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones. Doctrina y jurisprudencia*, Aranzadi, Thomson Reuters, Navarra, 2004.
- DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias*, Civitas, Navarra, 2008.
- DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA, E. y MORALES, A., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002.
- LANDO, O. y BEALE, H. (eds.), *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2000.
- LARROUMET, C. y BROS, S., *Traité de droit civil. Les obligations, le contrat*, Economica, París, 2018, 9.ª ed.
- MORALES MORENO, A. M., «Evolución del Concepto de Obligación en el derecho español» en MORALES MORENO, A. M., *La Modernización del derecho de obligaciones*, Thompson Civitas, Navarra, 2006.
- NICHOLAS, B., “Impracticability and Impossibility in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, en *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, School of Foreign and Comparative Law, Columbia University, Columbia, 1984.
- PANTALEÓN, F., «Sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», en *ADC.*, n.º 44, 1991.
- PICHONNAZ, P., “Article 7.1.7”, en Vogenauer, Stefan (ed.), *Commentary on UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- RABEL, E., *Gesammelte Aufsätze*, Bearbeitung Norbert, Tübingen, 1967.
- RÜFNER, T., “Art. 8: 101” en JANSEN; ZIMMERMANN, *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2018.
- SCHELHAAS, H., “Article 7.1.1”, en Vogenauer, S. (ed.), *Commentaries on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- SCHMIDT, J., “Art. 1: 302”, en JANSEN; ZIMMERMANN, *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, New York, 2018.
- SCHWENZER, I., “Article 79”, en SCHLECTRIEM, P. y SCHWENZER, I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- STOLL, H., “Art. 74 LUCI”, en DÖLLE (ed.), *Kommentar zum Einheitlicher Kautrech*, Frankfurt, S/E, 1967.

RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO SANITARIO

Andrea MACÍA MORILLO*

Resumen

En el marco de la pandemia por COVID-19 se han producido graves daños para los pacientes de esta enfermedad y para otros pacientes objeto de atención sanitaria, cuya reparación podría pretenderse por la vía de la responsabilidad civil. Este trabajo analiza esa potencial responsabilidad en el ámbito de la sanidad pública y de la sanidad privada, centrandó la atención en las peculiaridades de la especial situación de crisis sanitaria, en la medida en que estas inciden en los elementos o requisitos de la responsabilidad. El objetivo perseguido es aportar una guía para este tipo de reclamaciones, cuando comiencen a presentarse.

Palabras clave

Responsabilidad médica, negligencia, fuerza mayor, pérdida de la oportunidad, pandemia.

Abstract

As part of COVID-19 pandemic, patients of this disease and other patients have suffered serious harms, which reparation could be claimed by way of civil liability. This paper analyzes the potential liability in the field of public health and private health, focusing on the peculiarities of the specific situation of the crisis of the health system when they affect the elements or requirements of liability. Thus, the objective pursued is to provide a guide for such claims when they begin to appear.

Keywords

Medical liability, fault, force majeure, loss of chance, pandemic.

* Profesora contratada Doctora de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid. andrea.macia@uam.es.

SUMARIO: I. Introducción. II. La responsabilidad civil de médicos y demás profesionales sanitarios. 1. Los daños de los pacientes en el contexto de la pandemia. A. Daños directos provocados por la atención médica prestada. B. Daños por pérdida de oportunidad de curación o de supervivencia. 2. Las dificultades de determinación de la *lex artis* médica. 3. La actuación sanitaria en un contexto de escasez de medios materiales y humanos. III. La responsabilidad de las instituciones sanitarias públicas o privadas. IV. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las más graves consecuencias provocadas por la pandemia se sitúa en las altas cifras de fallecidos y de afectados por secuelas derivadas de haber padecido COVID-19. La aparente imparable extensión de la enfermedad y la impotencia del ciudadano para evitar sus efectos o frenar su progresión han dejado una profunda huella de rabia y frustración en las personas que más de cerca han experimentado sus consecuencias, sentimientos estos que suelen alimentar el afán de encontrar un responsable al que culpabilizar por el dolor sufrido. Ciertamente, podría pensarse que tal responsable no existe, y que las luctuosas consecuencias provienen de la naturaleza o –si se prefiere– de la mano divina, pues a fin de cuentas la merma de la salud, vida o integridad física ha derivado de los procesos biológicos desatados por la irrupción de la enfermedad en el cuerpo de los afectados por ella. Sin embargo, allí donde el proceso haya sido atendido, seguido o de alguna manera tratado por profesionales médicos o en instituciones sanitarias, va a ser probablemente imposible evitar que las miradas de los enfermos o de sus familiares se vuelvan contra estos sujetos, especialmente cuanto más grave haya sido la incidencia de la COVID-19 sobre el paciente. No en vano, la crisis sanitaria desatada por las sucesivas olas de la pandemia ha puesto de manifiesto situaciones en las que la atención prestada a los enfermos –especialmente de esta enfermedad, pero no solo– no ha estado a la altura de lo deseable, y tales carencias y otras posibles omisiones pueden alimentar las dudas respecto a la adecuación del comportamiento de profesionales e instituciones sanitarias y, consiguientemente, respecto a su posible contribución al desenlace fatal o gravemente lesivo para el paciente(1).

Aquí es donde entra en juego la responsabilidad civil, como figura que podría utilizarse para reestablecer un equilibrio de los intereses en juego –de médicos e instituciones sanitarias, por un lado, y de pacientes y familiares, por otro–, proporcionando, en su caso, una compensación a las víctimas de los padecimientos generados por una atención médica defectuosa o insuficiente. No hay que olvidar, sin embargo, que esa institución dista mucho de funcionar al modo del seguro o como consecuencia automática de la constatación de un daño, y que, por el contrario, solo se puede acudir a ella como remedio allí donde concurran sus elementos. Por tanto, lo que ha de com-

(1) Aunque las primeras reclamaciones, centradas en el contexto penal, han sido inadmitidas a trámite por el Auto del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2020 (Recurso 20542/2020), el propio tribunal ha apuntado a la responsabilidad patrimonial del Estado y a la responsabilidad extracontractual como otras formas de reparación al alcance de las víctimas (apartado 7.1.2).

probarse es si estos se encuentran presentes cuando el daño sufrido ha derivado de la atención sanitaria prestada durante la pandemia. De no ser así, habrá que concluir que no es la institución más apropiada para hacer frente a los perjuicios sufridos por las víctimas, o que, al menos, no lo es si se mantiene tal y como hoy está regulada(2).

Consiguientemente, en espera de que se produzcan esas potenciales reclamaciones –y nos permitimos llamar la atención acerca de la importancia que va a cobrar aquí la brevedad de los plazos de prescripción de la acción de indemnización(3)–, el presente estudio se va a enfocar sobre la idea de lo que «debería ser»; es decir, las pautas que deberían seguirse para resolver esas futuras demandas de responsabilidad, so pena de asignarle a esta funciones que no cumple en nuestro ordenamiento y para las que debe acudir a otros remedios que puedan cubrir mejor este objetivo. Para ello, se va a valorar desde esa perspectiva cómo ha reaccionado en su conjunto nuestro sistema sanitario en el contexto de la pandemia, teniendo en cuenta su doble vertiente –sanidad privada y servicio público de salud–, así como los diversos actores en el campo sanitario: especialmente, los médicos y demás profesionales, pero también las instituciones hospitalarias y las personas jurídicas involucradas en el ámbito de la Medicina. No se va a entrar a considerar, por el contrario, otras instituciones que pueden también llegar a ser objeto de demandas de responsabilidad civil –las residencias–, pues exceden del ámbito propiamente sanitario y, por ende, del objeto de este trabajo(4).

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE MÉDICOS Y DEMÁS PROFESIONALES SANITARIOS

Ante la pregunta de si existe una responsabilidad por la atención médica prestada durante la pandemia, en primera línea se encuentran sin duda los profesionales del ámbito de la salud, como potenciales agentes causantes de los daños derivados de tal asistencia, ya desarrollen su actividad en el ámbito público o en el privado(5). Nos

(2) Analizando la responsabilidad patrimonial del Estado en el contexto de la pandemia, DOMÉNECH PASCUAL, G., «Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del covid-19», *El Cronista*, n.º 86-87, 2020, p. 106, apunta, así, a que la responsabilidad patrimonial no es a lo mejor la herramienta más adecuada para resarcir a los ciudadanos por los daños sufridos, mencionando alternativamente el otorgamiento de ayudas asistenciales.

(3) Téngase en cuenta que la brevedad de plazos como el de un año de la responsabilidad extracontractual (art. 1968.2.º CC) o de la responsabilidad del Estado (art. 67.1 Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común), que debe contar aquí desde el hecho de la muerte o de la determinación del alcance de las secuelas en el paciente, puede dar lugar fácilmente a la prescripción de las pretensiones de las víctimas, sobre todo ante la avalancha continua de acontecimientos, salvo que puedan acogerse a medidas excepcionales de suspensión de plazos.

(4) Para ello nos remitimos a GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C., «Responsabilidad patrimonial y civil por contagios del SARS-CoV-2 en residencias de mayores: nexos causal y criterios de imputación», *DS*, n.º 30, 2020, pp. 22-35.

(5) Podría pensarse inicialmente que debería distinguirse aquí según que la prestación de servicios médicos se realice en el ámbito de la sanidad privada o del servicio público de salud: a fin de cuentas, mientras que en el primero la responsabilidad del profesional sanitario se manifiesta como responsabilidad subjetiva por hecho propio, en el segundo, el artículo 36.1 LRJSP, establece que es la Administración pública correspondiente la responsable frente al paciente.

vamos a centrar por ello sucesivamente en las peculiaridades del contexto actual, sobre la idea de que la prestación de servicios sanitarios por estos sujetos se ha visto fuertemente influida por una serie de factores que han condicionado su comportamiento en el tratamiento de los pacientes de COVID-19 y de otros pacientes y que han de ser tenidos en cuenta para valorar aquí su potencial responsabilidad.

1. LOS DAÑOS DE LOS PACIENTES EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA

Habiendo sentado ya que el daño aquí reclamado no es la enfermedad en sí –ajena al comportamiento del facultativo–, el perjuicio de la víctima deberá identificarse sobre la incidencia que haya tenido sobre su esfera personal o patrimonial la atención sanitaria prestada. Esto permite delimitar, fundamentalmente, dos grandes grupos de daños sobre la víctima directa –el paciente–, a los que se puede unir, eventualmente, un tercer tipo de daño –el daño indirecto–, manifestado sobre otras personas –perjudicados– que sufren daños morales o patrimoniales por el fallecimiento de aquella. Partiendo, no obstante, de que ese tercer tipo no presenta peculiaridades dignas de mención en el contexto de la pandemia, consideramos más interesante detenernos en los otros dos daños que pueden surgir potencialmente para los propios pacientes.

A. Daños directos provocados por la atención médica prestada

La novedad de la enfermedad a la que se enfrentan los facultativos y demás profesionales médicos en esta pandemia es un factor que ha incidido de manera decisiva en el tratamiento de sus pacientes. De hecho, la falta de conocimientos sobre la COVID-19, su evolución y efectos ha obligado al personal sanitario a ir aprendiendo sobre la marcha cómo enfrentarse a su cuidado. En concreto, es notable cómo esa falta de experiencia previa impide todavía hoy que existan protocolos, recomendaciones o guías de práctica clínica, generalizados y consolidados, que puedan orientar a los facultativos que atienden a este tipo de enfermos respecto de los pasos a seguir en la atención o tratamiento de la enfermedad (6). En ausencia, además, de resultados fiables y contrastados que permitan identificar con ciertas garantías el tratamiento más adecuado que ha de aplicarse a los enfermos de COVID-19, el resultado es que

Ahora bien, esto no significa que los facultativos actuantes en el marco de la sanidad pública queden exonerados de toda responsabilidad por su comportamiento, sino que esta se manifiesta frente a un sujeto distinto –la propia Administración–, en vía de repetición y conforme a los parámetros del artículo 36.2 LRJSP. Concretamente, tal responsabilidad solo se exige por «dolo o culpa o negligencia grave» y requiere de la ponderación de ciertos criterios, entre los que se encuentra «el grado de culpabilidad». Por tanto, teóricamente, los facultativos del ámbito de la sanidad pública también responden subjetivamente por la atención prestada a los enfermos –si bien no en iguales condiciones que sus colegas de la sanidad privada–; otra cosa es si tal acción de regreso se ejercita realmente en la práctica.

(6) Como puede apreciarse en el compendio recogido en la web del Ministerio de Sanidad (<https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos.htm>), la mayor parte de las guías existentes orientan en cuestiones relativas a la ética de la atención sanitaria o del desarrollo de procedimientos y tratamiento de los enfermos para evitar el contagio y propagación de la COVID-19.

los profesionales sanitarios que han atendido y atienden a pacientes de COVID-19 carecen de guías externas que les faciliten el proceso de adopción de decisiones en la ejecución del acto médico (7). Más allá de que esto contribuye a incrementar su ya de por sí alto estrés en este contexto (8), esa situación lleva a que el tratamiento de esos pacientes se realice prácticamente a ciegas, guiado principalmente por el método científico de ensayo y error y por el juicio clínico y la propia experiencia previa de los facultativos respecto de otras enfermedades con sintomatología parcialmente similar a la del coronavirus SARS-CoV-2 (9).

En la práctica, ello se ha traducido frecuentemente en el tratamiento de la COVID-19 con medicamentos indicados para otras enfermedades (uso alternativo u *off-label*) o con medicamentos en ensayo o pendientes de autorización comercial (uso compasivo) (10). Si bien tal recurso resulta lícito en nuestro ordenamiento, *ex* artículo 24 Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (desarrollada por RD 1015/2009, de 19 de junio), es posible, sin embargo, que ese uso haya resultado ineficaz, o, lo que es más grave, se haya demostrado contraindicado –o, incluso, nocivo– para un paciente, provocando daños a su integridad física o a su vida.

En tales situaciones, pese a estar amparado en el ordenamiento el recurso a este tipo de medicamentos, ha de partirse de la idea de que esto no excluye por completo la responsabilidad del médico prescriptor por los daños causados. Aunque sí se suele exonerar al facultativo que realiza un uso compasivo de medicamentos que resulta dañino, pues tal uso está sometido a previa autorización de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) (11), la cuestión es más controvertida en el uso alternativo u *off-label*, donde se tiende a afirmar la responsabilidad del médico, al menos en ciertos casos (12). Esto es correcto, a nuestro juicio, concretamente en dos hipótesis: por un lado, cuando, no estando amparado el uso alternativo en una recomendación de la AEMPS o en un protocolo terapéutico asistencial fijado por el centro sanitario (13), el facultativo prescriptor no haya recabado el previo consentimiento informado del paciente (o de las personas que

(7) De hecho, la AEMPS sigue hablando en su web continuamente actualizada de «estrategias terapéuticas potenciales» (<https://www.aemps.gob.es/la-aemps/ultima-informacion-de-la-aemps-acerca-del-covid%e2%80%9119/tratamientos-disponibles-para-el-manejo-de-la-infeccion-respiratoria-por-sars-cov-2/>).

(8) ROMEO CASABONA, C.M. y URRUELA MORA, A., «La gestión de soportes vitales escasos en contexto de pandemia. Reflexiones acerca de la aplicación de triajes en el marco del COVID-19», *RBD*, n.º 50, 2020, pp. 103-104.

(9) Este método de actuación es propio de la ciencia médica y supone en general una vía para ir construyendo el progreso de los conocimientos, tal y como destaca MARTÍN LEÓN, A., «*Lex artis* y protocolos médicos», *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 476.

(10) Ver, respectivamente, los artículos 2.1 y 2.2 RD 1015/2009. Para la distinción, NÚÑEZ LOZANO, M.ª C., «El régimen jurídico del uso compasivo y el uso alternativo de medicamentos», *RAP*, n.º 184, 2011, pp. 273, 293 y 300.

(11) Así, NÚÑEZ LOZANO, M.ª C., *cit.*, p. 290.

(12) No hay consenso doctrinal, sin embargo, a este respecto. Así, mientras que BARRIOS FLORES, L., «Responsabilidad por uso compasivo y *off-label* de medicamentos», *DS*, n.º 24, 2014, pp. 34-36, niega tal responsabilidad, NÚÑEZ LOZANO, M.ª C., *cit.*, pp. 302-303, la afirma para algunos casos.

(13) Si está amparado en tal recomendación o protocolo la doctrina niega la responsabilidad (entre otros, NÚÑEZ LOZANO, M.ª C., *cit.*, p. 290 y BARRIOS FLORES, L., *cit.*, pp. 33-34).

indica el artículo 9.3.a Ley 41/2002, de 14 de noviembre), o no haya actuado en un supuesto de urgencia (art. 9.2.b); por otro lado, cuando el médico prescriptor haya sido negligente en su elección del medicamento alternativo o en su prescripción (posología, dosis, etc.) (14). Y es que, aunque ciertamente, la situación que lleva al uso de estos medicamentos puede ampliar el margen dejado al juicio clínico del facultativo prescriptor, ello no supone tampoco admitir que «todo vale» (15).

B. Daños por pérdida de la oportunidad de curación o de supervivencia

Junto a los comportamientos activos lesivos de los profesionales sanitarios, la crisis generada por la pandemia ha puesto de relieve también situaciones extremas en las que la atención médica no ha podido ser prestada o no ha sido prestada de forma acorde a los parámetros de la *lex artis*, ante la sobrecarga del sistema sanitario y la escasez de recursos humanos y materiales en los centros hospitalarios públicos y privados. El incremento exponencial de actos médicos acumulados ha sobrepasado con creces las dotaciones existentes para atender las particulares necesidades de los pacientes de COVID-19 más graves (*v.gr.*, respiradores, camas de UCIs o UVIs), así como de otros enfermos que requerían también de atención (*v.gr.*, cierre de centros de asistencia primaria, retraso o cancelación de intervenciones y consultas, altas anticipadas) (16). De ello ha podido derivar en casos concretos un agravamiento de la dolencia padecida o, incluso, el fallecimiento mismo del paciente, resultados que quizá se habrían podido evitar de contar estos centros médicos con los recursos de personal o material necesarios.

Nótese, no obstante, que el daño que se manifiesta aquí se apoya en un margen de incertidumbre, que tiene que ver con el desconocimiento de cuál habría sido el resultado para el enfermo de haberse podido contar con el personal o el material que requería su asistencia en un momento dado. Nos encontramos, por tanto, en el ámbito del llamado daño por «pérdida de la oportunidad de curación o de supervivencia» (17), cuyos perfiles plantean grandes problemas en materia de valoración, por la dificultad de determinar cuál es la cuantía monetaria en la que se ha de traducir la lesión que sufre aquí el paciente por la oportunidad perdida (18). La peculiaridad que manifiesta ese tipo de daño en el contexto de la pandemia tiene que ver, sin embargo, con dos elementos presentes en este caso: por un lado, que la pérdida de la oportunidad deriva aquí de omisiones –en vez de acciones– y, por otro, que el desconocimiento de la enfermedad y de su tratamiento impide afirmar

(14) Igualmente, OLIVERA MASSÓ, P., «Uso compasivo y *off label* de medicamentos en España: luces y sombras de su novedosa regulación», *La Ley Digital*, 15659/2009, p. 13. Un listado completo de los comportamientos negligentes en BARRIOS FLORES, L., cit., pp. 35-36.

(15) Apuntan también a esta idea GALÁN CORTÉS, J.C. e HINOJAL FONSECA, R., «Valoración jurídica de los protocolos médicos», *RGD*, n.º 622-623, 1996, pp. 8180 y 8181 y BARRIOS FLORES, L., cit., p. 33.

(16) Según, ROMEO CASABONA, C.M. y URRUELA MORA, A., cit., p. 102, esto es común en los grandes desastres.

(17) Coinciden con esta calificación del daño en el contexto de la actual pandemia tanto DOMÉNECH PASCUAL, G., cit. p. 106, como GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C., cit., pp. 28-29.

(18) Un análisis doctrinal y jurisprudencial al respecto en MACÍA MORILLO, A., «El daño derivado de la falta de información médica», *Derecho de daños 2020*, Lefebvre, Madrid, 2020, pp. 569-573.

de forma general que la actuación omitida habría podido conducir realmente a un resultado distinto al que derivó de la falta de actuación o de la actuación insuficiente.

Por lo que respecta al primero, hay que recalibrar el enfoque y señalar que la base de esta doctrina no precisa realmente un acto que cambie el curso causal que se estaba desarrollando hasta el momento, sino que basta con la existencia de un curso causal hipotético o alternativo al producido, cuya falta de desarrollo sea imputable al agente (19). Desde esta perspectiva, se puede afirmar que existía un deber de actuación –la prestación de asistencia– por parte del facultativo que omitió el comportamiento requerido y que tal comportamiento habría generado un desarrollo causal distinto al de los acontecimientos realmente producidos. Tal es, en este caso, la pérdida de la oportunidad (20).

Por lo que respecta al segundo de los elementos, ha de recordarse que la aplicación de esta teoría no requiere la prueba de que el resultado beneficioso perdido se habría alcanzado de haberse desarrollado el curso causal alternativo (21), pero sí la acreditación de la existencia de una posibilidad real y seria de alcanzar tal resultado (en nuestro caso, la curación o la supervivencia) (22). Aunque ese parámetro será más sencillo de valorar para los pacientes de enfermedades ya conocidas y respecto de las que se pueden formular hipótesis científicas más fiables, para los afectados por COVID-19 la cuestión no está tan clara. La ya mencionada ausencia de un tratamiento eficaz contrastado no permite afirmar de manera generalizada que el paciente habría sobrevivido o que no habría sufrido unas secuelas tan graves de haber contado con la atención médica o el recurso material que no se le pudo aplicar por falta de medios. Es más, por lo que muestra la experiencia acumulada sobre la enfermedad tras un año, las probabilidades de tal resultado beneficioso han de calificarse ciertamente de escasas –meras especulaciones– en algunos supuestos, en función de la edad del paciente o sus especiales condiciones (23). Por tanto, habrá de examinarse el caso concreto para valorar si el paciente no atendido o insuficientemente atendido por razón de la carencia de material o personal realmente tenía, por sus propias caracte-

(19) Aunque el ejemplo típico de esta doctrina se centra en comportamientos activos que impiden la materialización del evento favorable (*v.gr.*, la lesión del caballo que impide que este corra una carrera), está extendida y aceptada tal teoría igualmente para supuestos en los que la pérdida de la oportunidad se asocia a omisiones. Así, por ejemplo, en el ámbito médico, para los errores de diagnóstico, ver LUNA YERGA, A., «Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria», *InDret*, n.º 2, 2005, pp. 1-18.

(20) Afirma en ese sentido la STS 27 de septiembre 2011 (EDC 2011/222529), que, «en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera».

(21) De acuerdo con ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 22-23, no procede hablar de pérdida de oportunidad cuando se considere cierta la relación de causalidad; se trataría más bien de lucro cesante (p. 55).

(22) Ver al respecto, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria», *Estudios sobre responsabilidad sanitaria*, La Ley, Madrid, 2014, p. 242 y GALLARDO CASTILLO, M.ª J., «Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad», *RAAP*, n.º 45-46, 2015, p. 58.

(23) Esto excluye la aplicación de tal teoría, a juicio de la mayor parte de la doctrina. Entre otros, MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 87-89, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *cit.*, pp. 220 y 242 o GALLARDO CASTILLO, M.ª J., *cit.*, p. 36.

terísticas, una oportunidad real y seria de curación en ese curso causal hipotético que no se desarrolló por la omisión del comportamiento del facultativo.

2. LAS DIFICULTADES DE DETERMINACIÓN DE LA *LEX ARTIS* MÉDICA

Como es sabido, para valorar la negligencia del comportamiento de un profesional sanitario se ha de comparar su actuación con el comportamiento que habría desarrollado un médico medio –el «buen profesional» o «médico razonable»– en el caso concreto, de acuerdo con la propia naturaleza del acto médico desarrollado (24). Ese modelo o parámetro de conducta –la *lex artis*–, sin embargo, no se encuentra previamente tipificado, razón que justifica parte de la dificultad intrínseca a las demandas de responsabilidad médica.

La peculiar situación que genera la actual pandemia no contribuye, precisamente, a facilitar este problema. De hecho, resulta sumamente complicado tanto determinar cuál es el conjunto de saberes médicos y conocimientos técnicos que puede considerarse actualmente consolidado e integrado en el parámetro del estado de la ciencia (*state of the art*) respecto de la COVID-19, como llegar a un consenso sobre cuáles de ellos están al alcance del conocimiento de un médico medio (25). Ello dificulta indudablemente la fijación del parámetro de conducta general de la *lex artis* y hace complicado valorar cuándo los profesionales actuantes fueron negligentes –si es que lo fueron–, por haber ignorado en la atención prestada al paciente un conocimiento que estaba al alcance de un médico medio. No en vano, la novedad de la enfermedad afecta poderosamente a uno de los elementos clave que sirven para definir cuál es el contenido del estado de la ciencia médica en cualquier campo: las publicaciones científicas (26).

En concreto, es sumamente notable cómo a lo largo de la pandemia se ha experimentado una marcada evolución en la comunidad científica, que ha pasado de un estado inicial de absoluto desconocimiento y práctica ausencia de publicaciones sobre el coronavirus SARS-CoV-2, a una actual avalancha de publicaciones y estudios. Consiguientemente, si bien en un principio difícilmente se podría calificar de negligente al médico que actuaba bajo la ignorancia de las características, evolución o efectos de la enfermedad a la que se enfrentaba (27), existen hoy numerosos estudios que han pasado a conformar este estado del arte y cuyo conocimiento le es

(24) Como señalan BARAHONA MIGUELÁÑEZ, M. y GONZÁLEZ GARCÍA, M.^a J., «Error sanitario y responsabilidad jurídica por asistencia sanitaria», *Tratado de Derecho Sanitario*, vol. II, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, p. 49, se trata de atender «a lo que la mayor parte de los profesionales haría en la misma situación».

(25) Un mayor desarrollo de todas estas cuestiones, en nuestro estudio previo, MACÍA MORILLO, A., «El parámetro de la *lex artis* de los profesionales médicos en tiempos de COVID-19», *RdPat*, n.º 54, 2021, pp. 111-149.

(26) Según nuestros autores, el estado de la ciencia médica se determina por tales publicaciones, junto a los protocolos médicos y las conferencias de consenso; ver, MARTÍN LEÓN, A., cit., p. 467; BARAHONA MIGUELÁÑEZ, M. y GONZÁLEZ GARCÍA, M.^a J., cit., p. 50.

(27) Incide especialmente sobre la novedad de la enfermedad y la correspondiente adaptación del parámetro de la *lex artis* ORTIZ FERNÁNDEZ, M., «Consentimiento informado y COVID-19: algunas reflexiones acerca de la responsabilidad civil», *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, T. III, Cizur Menor, 2021, pp. 887-890 y 907.

exigible al profesional sanitario actuante, en la medida en que lo sea igualmente para un médico medio.

Con todo, la proliferación de publicaciones se ha producido en un volumen tal que ha de reconducirse a límites razonables lo que es exigible que conozca el médico actuante en el momento de abordar la atención de un enfermo de COVID-19. Tal límite –que, en definitiva, determina parámetro del médico medio ya referido– no es sin embargo fácil de fijar aquí. Aunque la mayor parte de las publicaciones son accesibles para el conjunto de la comunidad científica –pues generalmente se ha publicado en abierto–(28), no todas tienen igual valor científico y, de hecho, la necesidad de contar rápidamente con información sobre la enfermedad, unida al afán de mostrar cuanto antes los resultados de los estudios desarrollados –en ocasiones, meramente incipientes y no suficientemente contrastados–, han podido incidir en la fiabilidad de algunos resultados. Por ello, si bien todas estas publicaciones integran ya el estado de la ciencia en materia de COVID-19, no es exigible que los profesionales médicos actuantes conozcan todas por igual. Como criterio orientativo –y no matemático– para seleccionar cuántas o cuáles deben integrar este parámetro general de la *lex artis* médica, consideramos que deberá atenderse, por un lado, a la propia consolidación de los resultados publicados y, por otro, a la relevancia de las publicaciones. Para lo primero, se habrá de tener en cuenta, por ejemplo, la obtención de un mismo resultado en estudios simultáneos o sucesivos (29). Para lo segundo, entre otros factores, se deberá atender a la solidez del equipo investigador, el prestigio de la revista científica en que se den a conocer los resultados, el rigor de la investigación desarrollada, la relevancia de los resultados o su publicidad y difusión.

En la situación actual de pandemia, la aplicación de tales pautas se enfrenta, sin embargo, a una dificultad especial, derivada de que las numerosas investigaciones paralelas existentes pueden dar lugar a publicaciones con resultados divergentes o, incluso, contradictorios. En tal contexto, hemos de afirmar que, mientras que los resultados de una de las investigaciones no superen o descarten la otra –demostrando su error científico–, ambas serán igualmente válidas para servir de pauta de comportamiento, de manera que una actuación no se podrá considerar negligente por no haber seguido los resultados de uno de los estudios, si está amparada por otro –contradictorio– igualmente consolidado y relevante (30). El facultativo podrá, pues, optar válidamente por seguir una u otra teoría y guiarse por los resultados de una investigación o la contraria; a fin de cuentas, en medicina no existe en general un método único, y el médico goza de libertad para elegir, entre las posibles alternativas disponibles, la que más convenga a su paciente (31).

(28) Tal accesibilidad es un requisito para considerar integrado un conocimiento en el estado de la ciencia, de acuerdo con SALVADOR CODERCH, P., *et al.*, «Los riesgos del desarrollo», *InDret*, 2001, pp. 10-11 y 14-15.

(29) SALVADOR CODERCH, P., *et al.*, cit., p. 10, parecen manifestarse a favor de que los conocimientos estén contrastados.

(30) De hecho, nuestra doctrina (entre otros, FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *Sistema de responsabilidad médica*, 5.^a ed., Comares, Granada, 2007, pp. 292-293 y MARTÍN LEÓN, A., cit., p. 476) suele excluir del ámbito de la *lex artis* las teorías divergentes. Se requiere, por tanto, una opinión unánime o, al menos, mayoritaria, como parecen exigir SALVADOR CODERCH, P., *et al.*, cit., p. 10.

(31) Ver en este sentido BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. y CRUZ BLANCA, M.^a J., «La imprudencia punible en el ámbito de la actividad médico-quirúrgica», *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 181 y MARTÍN LEÓN, cit., p. 476.

Ahora bien, lo dicho pone de relieve una última dificultad para la determinación del parámetro general de la *lex artis* en el marco de la pandemia, cual es la rápida sucesión de los estudios y la frecuente superación de la información proporcionada por resultados previamente publicados, a medida que se va avanzando en el conocimiento de la enfermedad. Si ya de por sí el estado de la ciencia se caracteriza por ser un concepto cambiante con el tiempo (32), esta característica se extrema en el contexto de la COVID-19, por el sumo interés que existe en dominar o doblegar esta enfermedad. En esta tesitura, será complejo determinar cuál era concretamente el volumen de conocimientos integrados en el estado de la ciencia que ha de tomarse en cuenta para enjuiciar el comportamiento del profesional sanitario actuante, teniendo en cuenta que el momento relevante para ello es el de la ejecución del acto médico, *ex* artículo 5.1.a) Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias. Imputar responsabilidad al médico por conocimientos que pasan a integrarse en ese acervo posteriormente a dicho momento supondría romper con el equilibrio del que parte la institución de la responsabilidad civil en la atribución del daño a la víctima o al agente causante. Consiguientemente, cualquier avance posterior del conocimiento científico que supere o contradiga los saberes existentes en el momento del acto médico desarrollado, indicando un modo distinto de proceder correcto, deberá ser calificado de «riesgo del desarrollo», causa de fuerza mayor ajena al concepto de culpa en los sistemas de responsabilidad subjetiva y causa de exoneración expresamente contemplada en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado por el artículo 34.1 LRJSP.

3. LA ACTUACIÓN SANITARIA EN UN CONTEXTO DE ESCASEZ DE MEDIOS MATERIALES Y HUMANOS

Las matizaciones a la fijación del parámetro de la *lex artis* realizadas en el apartado precedente han de tomarse en cuenta especialmente en la valoración de las actuaciones –acciones– de los profesionales médicos en su tratamiento de enfermos de COVID-19 ya referidas en nuestro análisis de los daños directos a estos pacientes. Hemos visto, sin embargo, que la fenomenología de potencial responsabilidad en el ámbito sanitario durante la pandemia engloba igualmente otro grupo de casos en los que el daño sufrido no deriva tanto de una acción, como de una omisión; en concreto, aquellos en los que los profesionales médicos, conscientes del comportamiento que habían de desarrollar para con el enfermo de acuerdo con la *lex artis*, se vieron sin embargo imposibilitados de ejecutarlo por falta de medios materiales o humanos. Debe recordarse a este respecto que, aunque en el ámbito de las omisiones falla la idea de causación –o al menos de causación física–, se debe acudir en sustitución de la misma a imputarle la responsabilidad a quien incumple un deber de actuación impuesto precisamente para evitar un daño como el efectivamente producido, tomando de base el criterio de imputación objetiva del incremento del riesgo, conforme al cual, deberá responder el sujeto que

(32) SALVADOR CODERCH, P., *et al.*, cit., p. 11 y BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. y CRUZ BLANCA, M.ª J., cit., p. 181.

tenía la obligación de actuar, si se acredita que, de haberlo hecho, se habría evitado el daño con seguridad o probabilidad rayana en la certeza (33). Pues bien, teniendo en cuenta que ya vimos que el daño aquí reclamado es la pérdida de la oportunidad de supervivencia o curación, podría pensarse que los profesionales sanitarios deberían responder en todos aquellos casos en los que hayan dejado de atender a un enfermo –sea o no de COVID-19– que precisaba asistencia o que no le hayan prestado los cuidados necesarios de acuerdo con la *lex artis*, pues su comportamiento no solo es negligente –por incumplir el deber de actuación que pesaba sobre ellos–, sino que, además, le es imputable objetivamente el resultado lesivo producido. No en vano, de haber actuado, el paciente habría tenido una oportunidad de sobrevivir o curarse, oportunidad que se pierde por razón de la falta de actuación.

Ahora bien, a nuestro juicio, tal valoración no tendría en cuenta de forma correcta los límites que impone un criterio de imputación de responsabilidad basado en la culpa como es el que fundamenta la responsabilidad de los profesionales médicos. No hay que olvidar que el elemento de la negligencia permite hacer responder al agente causante de un daño porque sus intereses (no responder por el daño causado por su comportamiento) tienen menos valor que los intereses de la víctima (verse compensada por el daño sufrido), y eso solo ocurre cuando, pudiendo actuar conforme al parámetro de un hombre medio, no ha adaptado su comportamiento a esta pauta, justificando tal separación de la norma de conducta el traslado de la carga del daño causado (34). Cuando, en cambio, el control de los eventos escapa de su dominio, no se le puede responsabilizar por ello, debiendo recaer sobre la víctima la carga del daño (35).

En ese sentido, hay que distinguir entre los diversos casos y afirmar que, allí donde la provisión u organización de medios técnicos o humanos se encontrara bajo el control o competencia del profesional sanitario que omitió la atención al enfermo o prestó una atención insuficiente por falta de tales medios, podrá considerarse ciertamente que es responsable por ello. Sin embargo, allí donde el abastecimiento y dotación humana o material no fuera de su competencia y escapara a su control, las consecuencias derivadas de la ausencia de tales medios deben ser calificadas de fuerza mayor para él (36). Si acaso, en este segundo supuesto podría plantearse una potencial responsabilidad en la hipótesis de que dicho profesional hubiera hecho una asignación de los recursos –escasos– de que disponía distinta a la que habría hecho un médico medio en iguales circunstancias. Así, en

(33) Así lo afirma, por todos, PANTALEÓN PRIETO, A.F., «Artículo 1902», *Comentario del Código civil*, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1984.

(34) Aludiendo a este juego de intereses, PANTALEÓN PRIETO, A.F., «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual. También la de las Administraciones Públicas», *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, 2000, pp. 446 y 448.

(35) De acuerdo con Díez-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 361, en materia de responsabilidad por culpa, solo se responde de los daños que hubieran podido y debido preverse.

(36) Nótese que la cuestión puede verse desde la perspectiva de la relación de causalidad, considerando que la causa del daño reside en la falta de medios materiales o humanos –y no en el comportamiento del profesional médico–, o de la culpa, entendiendo que, como en todo contexto de medicina de catástrofe, el parámetro de diligencia sufre una rebaja. La misma doble perspectiva parece estar presente en ORTIZ FERNÁNDEZ, cit., p. 906.

ausencia de criterios de priorización entre pacientes (37), deberá acudir al parámetro de la *lex artis ad hoc* para comprobar si, en el momento en que el facultativo realiza el uso o asignación concreto de los recursos disponibles –el momento del acto médico prestado al concreto enfermo, con independencia de cuál sea la evolución posterior de cada paciente–, la decisión adoptada se corresponde con la que podría haber tomado un médico medio en igual situación.

Dicho lo anterior, la realidad de la pandemia muestra que, en la mayor parte de supuestos de falta o insuficiencia de material sanitario (respiradores, medicamentos) y de personal (v.g., de asistencia primaria), la carencia se ha manifestado principalmente en el contexto de centros sanitarios e instituciones hospitalarias, en las que no se ha dado abasto para cubrir la alta demanda de atención médica fundamentalmente en las sucesivas olas. Por ello, en términos generales –y con excepción, en su caso, de supuestos concretos– puede afirmarse que no debería hacerse responsable a la mayor parte de los profesionales sanitarios individuales que, en esa tesitura, no han prestado la atención requerida por los enfermos –sean o no de COVID-19– o han prestado una asistencia insuficiente o inadecuada de acuerdo con los parámetros de la *lex artis*, si ello se ha debido a una falta de medios materiales o humanos que no estaban a su alcance ni bajo su competencia.

III. LA RESPONSABILIDAD DE LAS INSTITUCIONES SANITARIAS PÚBLICAS O PRIVADAS

La limitación de supuestos en los que la concurrencia de los elementos de la responsabilidad permitiría apreciar realmente un deber de responder de los profesionales sanitarios actuantes en el tratamiento de enfermos de COVID-19 o de otros enfermos durante la pandemia, unido al hecho de que la víctima suele buscar patrimonios solventes para hacer frente a su pretensión de indemnización por los daños sufridos, hace que la mirada en busca de responsables se deba volver también hacia las instituciones sanitarias públicas y privadas en las que prestan o para las que prestan sus servicios los facultativos y en las que, en definitiva, se ha llevado a cabo la mayor parte de la asistencia de los enfermos por coronavirus SARS-CoV-2: clínicas, hospitales, centros de salud, etc. (38). En el ámbito público, como es sabido, tal responsabilidad se reconduce a la Administración pública competente, *ex* artículo 36.1 LRJSP; en el ámbito privado, a la responsabilidad contractual o extracontractual, en función de con quién haya celebrado el contrato de asistencia médica el paciente y de quién sea la persona que ejercite la reclamación (39).

Ahora bien, a la hora de examinar estas normas a la luz de la pandemia, consideramos adecuado llamar la atención respecto de algunas cuestiones que atañen a

(37) Tales criterios son reclamados por ROMEO CASABONA, C. M. y URRUELA MORA, A., cit., pp. 104 y 111, para aportar seguridad jurídica a los profesionales médicos actuantes.

(38) De hecho, los autores que están examinando el fenómeno de la pandemia desde el punto de vista de la responsabilidad auguran la proliferación de estas demandas en el ámbito público. Así, GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C., cit., p. 30.

(39) Para estos criterios de determinación del régimen de responsabilidad aplicable, ver MACÍA MORILLO, A., «La responsabilidad civil en el ejercicio en grupo de la medicina», *RJUAM*, n.º 31, 2015, pp. 269-274.

la imputación de responsabilidad a este tipo de sujetos. En concreto, la especial situación que acabamos de describir en el apartado anterior en relación con la falta de medios humanos y materiales en el contexto hospitalario suscita la pregunta de si han de responder por ello las instituciones públicas y privadas encargadas de la organización del servicio sanitario. No nos referimos, por tanto, a la posible responsabilidad que puedan asumir estas personas jurídicas por los daños directos causados a los enfermos de COVID-19 por los profesionales sanitarios que presten para ellas sus servicios, que seguirá las pautas generales (40). Nos referimos, por el contrario, a una responsabilidad por hecho propio de la institución sanitaria en la que acaecieron los daños por pérdida de la oportunidad de curación o supervivencia derivados de la falta de material o personal.

Para articular esta, en el ámbito de la sanidad pública parece suficiente con acudir a las normas de la responsabilidad patrimonial del Estado, en la medida en que el daño del paciente que no fue atendido o fue atendido de forma insuficiente por falta de material o personal sanitario deriva directamente del funcionamiento del servicio público de salud (41). En el ámbito de la sanidad privada, la responsabilidad por hecho propio de las personas jurídicas también puede articularse en un contexto como el que plantea la pandemia, puesto que ya hace tiempo que se ha contemplado tal responsabilidad por dos vías distintas: por un lado, el contexto de los defectos asistenciales y fallos de organización en el seno de la persona jurídica (42) y, por otro, el marco de la responsabilidad objetiva previsto para los servicios sanitarios por el artículo 148 TRLGDCU (43). En uno y otro caso, la víctima se verá favorecida o bien –directamente– por un sistema de responsabili-

(40) Mientras que en el ámbito de la sanidad privada habrá de acudirse a las reglas de la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno o, según sea el caso, de la responsabilidad contractual por el comportamiento de los auxiliares en el cumplimiento, en el marco de la sanidad pública, se aplicarán las reglas de la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de los servicios públicos. Una excelente panorámica en GÓMEZ CALLE, E., «El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario», *ADC*, n.º LI, 1998, pp. 1720-1740.

(41) Aunque la cuestión no debería ser relevante, pues conforme al artículo 32.1 LRJSP el Estado responde tanto por funcionamiento normal como anormal, consideramos preferible calificar este caso de un funcionamiento «anormal», lo que facilitará la estimación de la reclamación, dada la reiterada resistencia judicial a apreciar responsabilidad de la Administración en el contexto del funcionamiento normal (ver, entre otros, DOMÉNECH PASCUAL, G., cit., pp. 106-107). Hay, no obstante, cierto margen de duda, en la medida en que puede plantearse si la carencia de medios materiales o humanos es estructural al sistema (propia de su funcionamiento «normal»), o si solo se pone de relieve por razón de las circunstancias sobrevenidas, imprevisibles e inevitables, sin que pueda calificarse, pues, de estructural del sistema. Con todo, preferimos calificar el supuesto de funcionamiento anormal, sobre la idea de que la atención prestada a los pacientes no respondió a las exigencias de la *lex artis*, y tratando, como veremos, la valoración de las circunstancias ajenas al control de la Administración en el marco de la fuerza mayor.

(42) Como indica GÓMEZ CALLE, E., cit., p. 1732, en el marco extracontractual el criterio de imputación es la propia negligencia en lo que se refiere a la dotación y organización del centro, y, en el contractual, el hecho de que tales tareas de organización y buen funcionamiento quedan dentro de la esfera de control del deudor.

(43) Entre otros, PANIZA FULLANA, A., «La responsabilidad objetiva en el ámbito sanitario: relectura de los artículos 28 LGCDU (artículo 148 TRLGDCU) y 139 LRJ-PAC a la luz de las resoluciones de los tribunales», *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Navarra, 2008, pp. 384 y 391.

dad objetivo, que le exonera de la carga de acreditar la culpa del demandado (44), o bien –en el contexto de la responsabilidad extracontractual– por la práctica jurisprudencial y la tendencia a la inversión de la carga de la prueba de la culpa (45).

Esto no significa necesariamente, sin embargo, que debamos afirmar la consiguiente responsabilidad de estas instituciones sanitarias por los daños producidos durante la pandemia por razón de la falta de material o personal que ha impedido atender suficientemente a los pacientes. Y es que ha de tomarse en consideración el hecho de que la explosiva extensión de la COVID-19, enfermedad hasta el momento desconocida, se ha manifestado como un evento absolutamente imprevisible y, desde luego, inevitable, desde la perspectiva de las planificaciones de los servicios sanitarios públicos y privados de acuerdo con la experiencia históricamente acumulada. En ese marco, probablemente sea razonable interpretar que no era exigible que tales servicios dispusieran de una dotación de material y personal del calibre que se ha precisado para hacer frente al incremento exponencial de demanda producido durante la pandemia. Aunque ciertamente el riesgo aquí manifestado se encuentra dentro del ámbito de la actividad o servicio desarrollado –pues no en vano queda referido al personal que ejecuta dicho servicio y al material necesario para ello–, consideramos que puede calificarse de una verdadera situación de fuerza mayor a la que se le puede atribuir la causación de los daños derivados de la falta de dotación, eximiendo de responsabilidad a las instituciones afectadas (46).

Con todo, la exoneración aquí propuesta debe interpretarse en sus justos términos, puesto que lo que puede justificar –en su caso– la novedad de la situación y sus imparable efectos es que dichas instituciones sanitarias públicas y privadas no dispusieran inicialmente de medios suficientes para hacer frente a las exigencias sobrevenidas de una enfermedad desconocida; no que, una vez conocidas tales exigencias, se mantenga la situación de carencia (47). Por tanto, sí se les podría llegar a imputar responsabilidad por los daños derivados de una falta de dotación posterior de los medios materiales y humanos que se demostraron necesarios una vez manifestada la pandemia, si dicha dotación existía en el mercado a disposición de tales instituciones. Y lo mismo podrá afirmarse –al menos, a rasgos generales y con la cautela que aconseja la valoración del caso concreto– respecto de las decisiones adoptadas en el seno de los servicios sanitarios para reorganizar los recursos y dotaciones (*v. gr.*, cierre centros, cancelaciones o retrasos de intervenciones, etc.), en la medida en que causen daños. En otras palabras, una vez conocido el nuevo factor de riesgo, la gestión de los recursos para hacerle frente sí ha de considerarse

(44) Tal sistema no solo se ha de reconocer para la responsabilidad patrimonial del Estado o del artículo 148 TRLGDCU, sino también, de acuerdo con GÓMEZ CALLE, E., cit., p. 1733, para la responsabilidad contractual.

(45) Ver en concreto esta doctrina respecto de las instituciones sanitarias en GÓMEZ CALLE, E., cit., pp. 1735-1736.

(46) Consideran también la pandemia como causa de fuerza mayor, DOMÉNECH PASCUAL, G., cit., p. 105 y GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C., cit., p. 32. Nótese, no obstante, que, años antes, GÓMEZ CALLE, E., cit., p. 1724, señalaba que en el ámbito de una responsabilidad objetiva como la del Estado, este debe responder por los eventos imprevisibles que no sean ajenos o extraños a la actividad o servicio; tal sería, quizá, el caso aquí planteado.

(47) De la misma forma DOMÉNECH PASCUAL, G., cit., p. 105 y GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C., cit., p. 32, distinguen, en el ámbito concreto de la responsabilidad de la Administración, el hecho de la pandemia de las decisiones posteriormente adoptadas, que hayan podido agravar o hubieran podido mitigar los efectos dañinos.

dentro del ámbito de control de las instituciones médicas y puede valorarse la adecuación de las decisiones adoptadas al respecto, de cara a establecer la responsabilidad cuando por razón de estas se origine una situación de carencia de la que derive un daño para un determinado paciente. Habrá que analizar, por tanto, los casos concretos e identificar aquellos en los que podría haberse evitado el daño con un comportamiento alternativo al adoptado por el servicio sanitario en el que se desarrollaron los hechos (48).

Ahora bien, debe ponerse de relieve que los condicionantes para esta posible afirmación de responsabilidad son fuertes y que las situaciones reales vividas durante la crisis sanitaria proporcionan ejemplos en los que el comportamiento alternativo aquí mencionado no entraba dentro de lo posible en aquel momento (*v.gr.*, no podía disponerse de más respiradores para dar atención al nuevo paciente necesitado de tal recurso, porque la producción de tal material había llegado a su límite, o no había ya espacios en el centro hospitalario aptos para acoger a más pacientes críticos). En tal caso, la eximente de fuerza mayor deberá seguir cumpliendo su función y deberá negarse la responsabilidad de la institución sanitaria afectada, pública o privada. Si tal es la situación, por tanto, la reparación a las víctimas de tales graves eventos se deberá, entonces, articular por vías diferentes a la de la responsabilidad civil, pues no hay que perder de vista que esta no persigue una compensación de todo daño sufrido, sino únicamente de los daños cuya causación se realiza bajo ciertas condiciones. En ausencia de estas, la víctima ha de asumir la carga del daño y buscar o exigir, en su caso, otras vías para reparar sus intereses.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.
- BARAHONA MIGUELÁÑEZ, M. y GONZÁLEZ GARCÍA, M.^a C., «Error sanitario y responsabilidad jurídica por asistencia sanitaria», *Tratado de Derecho Sanitario*, vol. II, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 45-69.
- BARRIOS FLORES, L., «Responsabilidad por uso compasivo y *off-label* de medicamentos», *Derecho y Salud*, n.º 24, 2014, pp. 28-49.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. y CRUZ BLANCA, M.^a J., «La imprudencia punible en el ámbito de la actividad médico-quirúrgica», *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 155-199.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., «Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del covid-19», *El Cronista*, n.º 86-87, 2020, pp. 102-109.
- FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *Sistema de responsabilidad médica*, 5.^a ed., Comares, Granada, 2007.
- GALÁN CORTÉS, J.C. e HINOJAL FONSECA, R., «Valoración jurídica de los protocolos médicos», *RGD*, n.º 622-623, 1996, pp. 8171-8182.

(48) También alude a la distinción entre daños evitables e inevitables DOMÉNECH PASCUAL, G., cit., p. 105.

- GALLARDO CASTILLO, M.^a J., «Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 45-46, 2015, pp. 35-66.
- GÓMEZ CALLE, E., «El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario», *Anuario de Derecho Civil*, n.º LI, 1998, pp. 1693-1767.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C., «Responsabilidad patrimonial y civil por contagios del SARS-CoV-2 en residencias de mayores: nexo causal y criterios de imputación», *Derecho y Salud*, n.º 30, 2020, pp. 22-35.
- LUNA YERGA, A., «Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria», *InDret*, n.º 2, 2005, pp. 1-18.
- MACÍA MORILLO, A., «La responsabilidad civil en el ejercicio en grupo de la medicina», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 31, 2015, pp. 253-282.
- MACÍA MORILLO, A., «El daño derivado de la falta de información médica», *Derecho de daños 2020*, Lefebvre, Madrid, 2020, pp. 531-622.
- MACÍA MORILLO, A., «El parámetro de la *lex artis* de los profesionales médicos en tiempos de covid-19», *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 54, 2021, pp. 111-149.
- MARTÍN LEÓN, A., «*Lex artis* y protocolos médicos», *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 463-486.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria», *Estudios sobre responsabilidad sanitaria*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 207-249.
- MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.
- NÚÑEZ LOZANO, M.^a C., «El régimen jurídico del uso compasivo y el uso alternativo de medicamentos», *Revista de Administración Pública*, n.º 184, 2011, pp.273-305.
- OLIVERA MASSÓ, P., «Uso compasivo y *off label* de medicamentos en España: luces y sombras de su novedosa regulación», *La Ley Digital*, 15659/2009, pp. 1-15 [pdf].
- ORTIZ FERNÁNDEZ, M., «Consentimiento informado y COVID-19: algunas reflexiones acerca de la responsabilidad civil», *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, Cizur Menor, 2021, pp. 877-915.
- PANIZA FULLANA, A., «La responsabilidad objetiva en el ámbito sanitario: relectura de los artículos 28 LGCDU (artículo 148 TRLGDCU) y 139 LRJ-PAC a la luz de las resoluciones de los tribunales», *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Navarra, 2008, pp. 377-393.
- PANTALEÓN PRIETO, A.F., «Artículo 1902», *Comentario del Código civil*, 2.^a ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1971-2003.
- PANTALEÓN PRIETO, A. F., «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual. También la de las Administraciones Públicas», *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, 2000, pp. 439-468.
- ROMEO CASABONA, C. M. y URRUELA MORA, A., «La gestión de soportes vitales escasos en contexto de pandemia. Reflexiones acerca de la aplicación de triajes en el marco del COVID-19», *Revista de Bioética y Derecho*, n.º 50, 2020, pp. 99-112.
- SALVADOR CODERCH, P.; SOLÉ FELIÚ, J.; SEUBA TORREBLANCA, J.C.; RUIZ GARCÍA, J.A.; CARRASCO MARTÍN, J. y LUNA YERGA, A., «Los riesgos del desarrollo», *InDret*, 2001, pp. 1-30.

**SEGUNDA PARTE:
DERECHO PRIVADO
Y COLAPSO ECONÓMICO Y SOCIAL**

LEGISLAR SOBRE ECONOMÍA Y CONTRATOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA (1)

Juan José GANUZA*
Fernando GÓMEZ POMAR**
Adrián SEGURA MOREIRAS***

Resumen

El trabajo se ocupa de las herramientas para afrontar las consecuencias de una crisis de liquidez para hogares y empresas, como la sufrida por causa de la pandemia, que se transforma en una crisis de solvencia de amplios sectores de la economía. En él se abordan específicamente las medidas urgentes de naturaleza macroeconómica y sistémica para las primeras fases de la crisis, singularmente el apoyo a la liquidez de familias y empresas con motivo de la congelación de la actividad económica. Igualmente, la aproximación a la progresiva relevancia de los problemas de solvencia y la subsistencia de las relaciones contractuales existentes, así como las particularidades de los contratos que cuentan con instrumentos contractuales detallados y contrastados para afrontar riesgos imprevistos. Finalmente, se recuerda brevemente la importancia de preservar la competencia en la asignación de recursos públicos en escenarios de crisis extendidas de solvencia en el ámbito empresarial.

Palabras clave

COVID, Derecho y macroeconomía, contratos, legislación de emergencia.

(1) Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto «Coronavirus y Derecho Privado: evaluación de mecanismos disponibles de asignación de riesgos y propuestas de mejora» (2020PANDE00092), financiado por AGAUR.

* Catedrático de Economía. Universidad Pompeu Fabra. Barcelona Graduate School of Economics.

** Catedrático de Derecho Civil. Universidad Pompeu Fabra.

*** Profesor Asociado de Economía en la Universidad Pompeu Fabra.

Abstract

The paper deals with the mechanisms that may be deployed by governments to deal with the aftermath of a liquidity crisis affecting households and firms as a result of COVID-19, in light also of its evolution into a solvency crisis affecting various sectors in the economy. More specifically, the paper examines urgent systemic measures for the first stages of the crisis, emphasizing liquidity support to households and firms suffering a freeze of economic activity. It also covers the increasing relevance of solvency issues and the preservation of existing contractual relationships, as well as the contracts where parties design tools to deal with unexpected economic risks. Finally, it provides a reminder of the importance of preserving competition in the allocation of public funds in a setting of extensive solvency concerns in the private sector.

Keywords

COVID, Law and macroeconomics, contracts, emergency legislation.

SUMARIO: I. La crisis sistémica de la COVID-19. II. Las principales respuestas ante la situación macroeconómica. III. Objetivo: frenar primero la crisis de liquidez y luego mantener la solvencia empresarial. IV. Los costes asociados a la extinción de los contratos. V. Los contratos singularizados: cláusulas MAC y MAE en los contratos de adquisición de empresas. VI. El papel de la competencia. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

I. LA CRISIS SISTÉMICA DE LA COVID-19

La pandemia mundial que arranca en la región china de Wuhan en diciembre de 2019 (1) sigue desplegando sus efectos en España en el segundo trimestre de 2021. El impacto más directo de esta crisis se ha materializado en dolor y sufrimiento de muchas familias que han perdido a familiares y seres queridos. Junto a estas pérdidas humanas, la pandemia ha sacudido los pilares más fundamentales del entramado social y económico poniendo a prueba la solidez de las economías afectadas (2).

(1) La Organización Mundial de la Salud fechó los primeros casos de neumonía asociada a la primera variante del virus SARS-CoV-2 en la región China de Wuhan. Véase: <https://www.who.int/news/item/27-04-2020-who-timeline---covid-19>.

(2) En el segundo trimestre de 2020 se produjo una caída del PIB en España del 17,9%. La tasa de desempleo aumentó del 13,7% a finales de 2019 a un 16,7% en agosto de 2020. Asimismo, la deuda del Gobierno se disparó del 95,5% del PIB a finales de 2019 hasta el 114,1% sobre el PIB en el tercer trimestre de 2020. (<https://ec.europa.eu/eurostat/cache/recovery-dashboard/>).

En España, las medidas adoptadas por parte del Gobierno central y los respectivos gobiernos autonómicos (y eventualmente locales) han pretendido mitigar los efectos económicos devastadores que la recesión económica ligada a la pandemia y a las medidas sanitarias para contenerla y reducirla han producido a los hogares y empresas de nuestro país.

Las medidas de estímulo fiscal adoptadas por las autoridades españolas han sido semejantes a las de sus homólogas europeas (a excepción de las subvenciones directas, que en España se han puesto en marcha con bastante retraso respecto de otros países, ya bien entrada la crisis provocada por la pandemia). (3) Los incentivos fiscales se han traducido esencialmente en ayudas a los desempleados que temporalmente (4) habían perdido su empleo a causa de las contingencias que la pandemia acarrea, evitando de esa misma forma la destrucción de empleos. Con el fin de ayudar a autónomos y a empresas se han dispuesto líneas de crédito, (5) así como préstamos privados con garantía pública, con el objetivo fundamental de relajar los agudos y súbitos problemas de tesorería que las empresas estaban padeciendo, ligados a lo que se pensaba sería un shock sistémico con efectos tan solo transitorios. Asimismo, se aprobaron distintos aplazamientos de impuestos y cotizaciones sociales, al igual que moratorias en hipotecas y créditos privados.

A medida que la evidencia ha mostrado que la pandemia cobraba una duración más prolongada que la prevista inicialmente, algunas medidas se han reorientado o se han desplegado precisamente para intentar mitigar los efectos sostenidos y a medio o largo plazo de la misma. (6) La crisis de liquidez inicial se ha ido traduciendo paulatinamente para muchos sectores en una crisis de solvencia que ha puesto en jaque a un elevado número de empresas (7).

Junto a estas medidas de naturaleza pública y sustentadas, mediata o inmediatamente, en recursos públicos, se han diseñado instrumentos excepcionales para intentar redistribuir o trasladar las pérdidas presentes o futuras generadas por la pandemia y las

(3) Una exposición detallada de estas medidas, así como una comparativa con los países de nuestro entorno se puede encontrar en el Informe publicado por FEDEA en abril de 2021 (DE LA FUENTE, A., ARRUÑADA, B., BERMEJO, N., CERQUEIRA, O., CERVERA, M., FERNÁNDEZ SEJO, J.M., FLORES, M., GARCIMARTIN, F., VAN HEMMEN, S., MARISTANY, Y RUBIO SANZ, J., «¿Cómo ayudar a las empresas en la crisis del Covid?», *FEDEA Policy Papers*, n.º 05, 2021. pp. 6-8).

(4) Sobre las medidas de apoyo al empleo ante la situación de emergencia véanse, entre otros, el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19; el Real Decreto Ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo y el Real Decreto Ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo.

(5) El régimen inicial de la línea de préstamos otorgada bajo el aval estatal para el fomento de liquidez se halla contenida en el artículo 29 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo. El montante total aprobado por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital asciende a los 100.000 millones de euros. El plazo de solicitud de los avales está ampliado hasta el 1 de junio de 2021 por el Real Decreto Ley 34/2020, de 17 de noviembre.

(6) En esa línea cabe destacar el Real Decreto Ley, 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19.

(7) Se estima que la pandemia ha provocado el cierre de 207.000 empresas en España. La tasa de supervivencia para empresas con menos de cinco empleados ha cerrado el primer trimestre de 2021 en el 78%. ([https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/02/03/economia/1612367119_734627.html#:~:text=La%20tasa%20de%20supervivencia%20para,e1%2078%25%2C%20seg%C3%BAn%20el%20INE&text=La%20crisis%20del%20Covid%2D19,total%2C%20en%20apenas%20seis%20meses\).](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/02/03/economia/1612367119_734627.html#:~:text=La%20tasa%20de%20supervivencia%20para,e1%2078%25%2C%20seg%C3%BAn%20el%20INE&text=La%20crisis%20del%20Covid%2D19,total%2C%20en%20apenas%20seis%20meses).)

medidas sanitarias asociadas entre distintos agentes y, más precisamente, entre las contrapartes presentes en las principales relaciones contractuales en la economía.

Las vías de intervención efectiva en las relaciones contractuales pueden adoptar –y así lo han hecho, en la realidad– distintas formas. En numerosos casos, (8) han sido presentadas al electorado como soluciones que suponían absorber o distribuir ampliamente los impactos negativos, cuando lo único que sucedía es que las pérdidas se trasladaban de un determinado agente económico a otro. En este trabajo ofrecemos algunas sugerencias sobre cómo abordar el uso de instrumentos que pueden afectar el contenido y la vigencia de los contratos y, por ende, las estructuras más básicas de nuestra economía de mercado, intentando minimizar los efectos negativos sobre las relaciones contractuales existentes, así como la confianza en el mercado. También, a su vez, intentando paliar los efectos de la situación de emergencia planteada por la pandemia. Lo que aquí se expone es el análisis de una serie de medidas y propuestas con encaje en nuestro sistema jurídico y que aprovechan el conocimiento económico existente (9).

A continuación, planteamos una serie de reflexiones acerca de cómo diseñar y desplegar herramientas para afrontar las consecuencias de una crisis de liquidez para hogares y empresas como la sufrida por causa de la pandemia, así como apuntar los escenarios de un impacto de la crisis sanitaria y sus consecuencias económicas en un plazo algo más largo. Este trabajo se divide en los siguientes apartados, además de esta introducción: (i) La necesidad de adoptar medidas urgentes de carácter macroeconómico durante los primeros estadios de la crisis. (ii) Análisis de la falta de liquidez de familias y empresas con motivo de la congelación de la actividad económica y los posteriores problemas de solvencia. (iii) Posibles remedios al shock de liquidez y vías de actuación ante la transformación de la crisis de liquidez a una crisis de solvencia. (iv) Los costes asociados a las resoluciones contractuales. (v) Las especificidades de los contratos de adquisición de empresas, en los que típicamente hallamos instrumentos contractuales de gestión de riesgos imprevistos. (vi) El papel de la competencia en las posibles medidas de intervención en la economía contractual. (vii) Breves consideraciones finales sobre cómo afrontar el camino hacia la recuperación económica.

II. LAS PRINCIPALES RESPUESTAS ANTE LA SITUACIÓN MACROECONÓMICA

La pandemia ha supuesto un problema sistémico con repercusiones, en mayor o menor medida, en todos los sectores de la economía (10). Ante un shock econó-

(8) Véase el Decreto Ley 34/2020, de 20 de octubre, de medidas urgentes de apoyo a la actividad económica desarrollada en locales de negocio arrendados aprobado en Cataluña. Una crítica sobre el mismo se puede encontrar en GÓMEZ POMAR, F., «Después de diez años», *InDret*, n.º 4.2020, pp. 1-10.

(9) Procederemos a abordar este estudio desde el prisma holístico que nos proporciona el análisis económico del Derecho. En esencia se parte de la premisa de que la eficiencia económica es útil para analizar las distintas disposiciones o instituciones legales (POSNER, R. A., *Economic analysis of law*, Wolters kluwer law & business, 2014, pp.1-5).

(10) El sector de servicios ha sufrido una caída interanual del 16,5% en su cifra de negocios. En particular, el sector turístico ha padecido una reducción del 86% en el número de pernoctaciones (tasa interanual de febrero de 2020 a febrero de 2021). La variación en el gasto total de los turistas internacionales ha experimentado una reducción de un 93% con respecto a febrero de 2020. Asimismo,

mico tal, las respuestas debieron focalizarse no en las características individuales de las relaciones económicas de los agentes, sino en las agregadas. La disciplina que nos permite tener una visión conjunta de la economía es la macroeconomía (11). Son, por tanto, soluciones de índole macroeconómica las que se deben aplicar ante un problema de tal magnitud y extensión. El impacto de la crisis sanitaria y del posterior confinamiento fue inmediato.

El cierre temporal (o permanente) de establecimientos comerciales de diversas clases y la súbita bajada en la producción en la mayoría de sectores industriales requería de una actuación coordinada e inmediata, tanto por parte del poder legislativo como del ejecutivo, probablemente (como así ocurrió), más allá de las fronteras nacionales. La caída de la demanda y la oferta de bienes y servicios se hicieron notar desde el inicio de la primera ola.

Las medidas que procedía adoptar habían de orientarse a paliar, de forma inminente, lo que representaba uno de los *shocks* de destrucción de riqueza más considerables de las últimas décadas. La eficacia de las medidas se vio condicionada a su aplicabilidad. Con la finalidad de amortiguar los efectos negativos, era imprescindible la disponibilidad inmediata o en breve plazo de la amplia panoplia de medidas que cabía idear para la situación de emergencia. El factor temporal jugaba, por tanto, un papel nada despreciable en la determinación del impacto real de las políticas de mitigación del golpe y de impulso a la recuperación económica. La inseguridad jurídica en un escenario de elevada incertidumbre económica operaba con efectos multiplicativos adversos.

La economía contractual en la que se basaba la mayoría de relaciones comerciales y económicas se vio seriamente afectada. En esencia, podemos aventurarnos a decir que millones de contratos estuvieron en el alero. Por este motivo, era casi obligado, si no se quería llegar demasiado tarde, a soluciones sistémicas y generalizadas, que no supusieran un coste transaccional muy elevado (por la pormenorización de las mismas o la magnitud de las dificultades y costes de su implantación). Tampoco cabía, naturalmente, plantear medidas que descansaran sobre decisiones judiciales en un elevado número de casos si se quería ofrecer respuesta adecuada y rápida a los afectados. Y es que la elevada congestión judicial (12)

el número de viajes por la población residente en España se ha visto reducido en un 57% para el mismo periodo (datos del Instituto Nacional de Estadística, consultados por última vez el 19 de abril de 2021).

(11) Dentro del análisis económico del Derecho, encontramos una disciplina que aborda precisamente estas cuestiones: el Derecho de la macroeconomía. En particular, merece la pena destacar los trabajos de LISTOKIN, Y., *Law and Macroeconomics*, Harvard University Press, 2019; TARULLO, D., “Time-varying Measures in Financial Regulation”, *Law and Contemporary Problems*, n.º 83(1), 2020, p. 1; GERDING, E., “Against Regulatory Stimulus”, *Law and Contemporary Problems*, n.º 83(1), 2020, p. 49; CHIU, I. H. K., KOKKINIS, A., y MIGLIONICO, A., “Regulatory Suspensions in Times of Crisis: The Challenges of Covid-19 and Thoughts for the Future”, *Law Working Paper*, n.º 517/2020, 2020, p. 1-36; LISTOKIN, Y., “A theoretical framework for law and macroeconomics”, *American Law and Economics Review*, n.º 21(1), 2019, pp. 46-80; LISTOKIN, Y., “Law and Macro: What Took So Long?”, *Law & Contemp. Probs.*, n.º 83, 2019, p.141.

(12) La tasa de pendencia judicial en España para el año 2019 era del 47%. Es decir, aproximadamente el 50% de los casos que entraron en todas las jurisdicciones en ese año quedaron pendientes de resolución. La congestión judicial en 2019 alcanzaba cifras cercanas al 50%. Esto es, que el número de asuntos pendientes al inicio del 2019, junto a los nuevos asuntos ingresados en ese ejercicio, superaban en 50 puntos porcentuales a los asuntos resueltos en ese mismo ejercicio (datos obtenidos de las

de la que adolecía y adolece la administración de justicia española, junto a la incertidumbre en los resultados y la escasa eficacia (13) que puede caracterizar el sujetar a procesos judiciales situaciones generalizadas de emergencia hacían de las soluciones aplicadas a través de la administración de justicia –prácticamente paralizada, además, durante meses, fruto precisamente de la pandemia– no aparecieran como deseables. Se debía rehuir de la judicialización de los conflictos contractuales que podían surgir, de lo contrario únicamente se añadiría un problema adicional al que ya existía.

Por eso creemos que las eventuales medidas singulares adaptadas a las circunstancias idiosincráticas de cada contrato no constituirían verdaderas soluciones. Es en ese contexto en el que situamos la inidoneidad de la aplicación de la cláusula *rebus*, (14) como medida de choque frente a la emergencia contractual y económica. La falta de inmediatez, la imprevisibilidad del resultado y el coste social asociado a la pendencia de miles o millones de contratos a una decisión judicial, desaconsejaban su uso. La afectación de muchos, si no de casi todos los contratos, de forma asimétrica –esto es que, en la economía de las partes, una de las resultaba más perjudicada– y poco cuantificable *ex ante* nos lleva a pensar que la aplicación de dicha doctrina no resulta factible o, cuando menos, conveniente, como medida de solución de emergencias contractuales sistémicas en el corto y medio plazo.

III. OBJETIVO: FRENAR PRIMERO LA CRISIS DE LIQUIDEZ Y LUEGO MANTENER LA SOLVENCIA EMPRESARIAL

El principal objetivo había de ser atajar la espiral de impagos que se podrían haber producido tras el estallido de la crisis. Los agentes sufrieron caídas nada despreciables en sus ingresos. En ocasiones, algunos hogares vieron cómo el flujo de ingresos se secaba casi por completo hasta acercarse a cero. Ante tal situación, se genera un riesgo de que se produzca una avalancha de impagos que se extienda por todo el entramado contractual. Los clientes dejan de pagar a los suministradores, estos a sus proveedores y así sucesivamente. La primera de las medidas debía focalizarse únicamente en evitar o frenar cuanto antes dicha espiral.

La intervención se podía producir en distintos niveles. En principio, cuanto más cercano al último eslabón (el del pago final), mayor eficacia parece que ten-

series estadísticas publicadas por el Consejo General del Poder Judicial; última consulta realizada en 19 de abril de 2021).

(13) Véase como ejemplo la situación generada con respecto a litigación masiva en materia de contratación financiera de consumo. La repercusión económica de dicha crisis ha sido ampliamente documentada, entre otros, en GÓMEZ POMAR F., GANUZA, J. J., y ARTIGOT, M., «¿Y todos estos pleitos, para qué?», *InDret*, n.º 4.2018, 2018, pp. 1-8; GÓMEZ POMAR, F., y ARTIGOT GOLOBARDES, M., «Control judicial sobre cláusulas predispuestas y diseño de contratos de crédito hipotecario en España», *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, n.º 915, 2020, pp. 53-68.

(14) Una amplia justificación de Derecho comparado sobre la no idoneidad de la aplicación de la cláusula *rebus* ante contingencias como las aquí descritas se halla en GÓMEZ POMAR, F., ALTI SÁNCHEZ-AGUILERA, J., «Cláusula *rebus sic stantibus*: viabilidad y oportunidad de su codificación en el derecho civil español», *InDret*, n.º 1.2021, 2021, pp. 502-577.

dría la medida para frenar la propagación de los impagos a sectores de la economía que gozaban de una situación de cierta solvencia. La actuación en este primer nivel requería de la inyección de fondos externos –con mayor o menor soporte público–, que podían haber adoptado distintas formas. Una de ellas (por la que el estado español no se decantó) es la provisión directa de transferencias o ayudas públicas (15).

Otra de las medidas consiste en el uso de moratorias en el pago de impuestos. A través de esta medida, los contribuyentes se financian (a coste cero) gracias a la autoridad tributaria competente encargada de la gestión del tributo en cuestión (16). Finalmente, los fondos podían provenir del sector financiero privado, pero con garantías públicas en cuanto a su repago (17). Así, se facilitaría la financiación a aquellos deudores que no hubiesen gozado de suficiente calidad crediticia para recibir la financiación y, a la vez, se estarían proporcionando mejores condiciones de préstamo que las que el mercado podría proveer en ausencia de dicha intervención.

En determinadas ocasiones, la actuación sobre el primer nivel no es factible. Puede que por cuestiones informativas o de número de sujetos implicados no sea fácil hacer llegar la inyección de liquidez a ese primer eslabón. Este parece haber sido el supuesto para ciertos colectivos, para los que las medidas (18) parece que, en buena medida, van a resultar tardías e insuficientes. En estos supuestos, parece razonable acudir a otro punto de la cadena para permitir un mejor flujo de los fondos y evitar así el colapso.

Una crisis de liquidez (19) que no se ataja a tiempo puede traducirse en una crisis de solvencia que puede poner en cuestión la continuidad de todas aquellas empresas o particulares que, una vez en situación de sobreendeudamiento, ya no

(15) Estados como Dinamarca optaron por el mantenimiento de las rentas de los hogares. Con ello, permitieron que los mismos pudieran seguir pagando todas sus obligaciones. El coste de dicha medida ha recaído sobre el Estado. En esta misma línea, algunos economistas habían sugerido la transferencia directa de fondos desde el Banco Central Europeo a los hogares para que los mismos pudieran mantener niveles semejantes de consumo al momento previo del estallido de la crisis. Véase en esa línea la propuesta planteada en GALÍ, J., “The Effects of a Money-Financed Fiscal Stimulus”, *Journal of Monetary Economics*, n.º 119, 2020, pp. 1-19.

(16) En España se introdujeron moratorias en el pago de impuestos para autónomos y para pymes. También se ha habilitado la posibilidad del fraccionamiento (hasta en seis pagos) de la liquidación del impuesto sobre la renta de personas físicas que durante el ejercicio de 2020 hubieran percibido rentas provenientes de un ERTE (véase el Real Decreto Ley 7/2020, de 12 de marzo y más recientemente, el Real Decreto Ley 5/2021, de 12 de marzo).

(17) El Real Decreto Ley 8/2020 aprobó un primer tramo de avales para empresas y autónomos de 20.000 millones de euros, con el 50% reservado para pymes y autónomos. El Real Decreto Ley 34/2020, en su artículo primero, habilitó a los deudores de dichos préstamos a aumentar el plazo de vencimiento de las operaciones de financiación suscritas por un máximo de tres años.

(18) Miles de hosteleros en España salieron a las calles durante el mes de febrero de 2021 para reivindicar la insuficiencia de las ayudas concedidas por el gobierno para salvar sus establecimientos y negocios (<https://www.eleconomista.es/economia/noticias/11042588/02/21/Cuando-llegaran-las-ayudas-a-la-hosteleria-Estas-son-las-comunidades-que-ya-las-han-liberado.html>).

(19) Según las estimaciones del FMI, pese al esfuerzo por parte de los gobiernos en proveer ayudas para mitigar el riesgo inmediato de liquidez, la probabilidad de que pequeñas y medidas empresas quebraran se ha visto incrementado en seis puntos porcentuales entre 2020 y 2021. Léase el informe completo en DIEZ, F. J., DUVAL, R., FAN, J., GARRIDO, J., KALEMLI-ÖZCAN, S., Y MAGGI, C., “Insolvency Prospects Among Small and Medium Enterprises in Advanced Economies: Assessment and Policy Options”, *FMI Working papers*, n.º 2021/002, 2021, pp.1-29.

pueden acudir al mercado para financiarse. En estos supuestos, el riesgo de insolvencia e impago generalizado aumenta. Es aquí donde entra el objetivo de la segunda aproximación ante la crisis COVID. Siendo los efectos de la pandemia persistentes en el tiempo, los problemas de solvencia van ganando progresivamente terreno a los de liquidez. Por lo tanto, los esfuerzos del Gobierno deben focalizarse al persistir la crisis en evitar la quiebra masiva de empresas y la consiguiente destrucción de puestos de trabajo.

Las herramientas que se plantean abarcan desde la intervención sobre el régimen de los procedimientos concursales o de insolvencia, favoreciendo la refinanciación eficiente, hasta las decisiones de quita o rescate por parte del Estado (20). Todas estas medidas deben enfocarse a dar continuidad a las empresas que antes de la pandemia gozaban de buena salud financiera y que se pueda anticipar, en el escenario post-pandemia, que recuperarán actividad e ingresos (21).

Los gobiernos deberían centrar sus esfuerzos en seguir apoyando a aquellas empresas que, pese a ser solventes, sigan sufriendo problemas de liquidez (22). Asimismo, deberían restringir las ayudas o medidas a aquellas empresas que se consideren relevantes para el mantenimiento del bienestar de la economía y la sociedad. En esa misma línea, cabe añadir que sería necesaria la reestructuración de aquellas empresas que, pese a catalogarse como insolventes en el momento, gozan de probabilidades importantes viabilidad a medio y largo plazo (23) – aquellas cuyos beneficios esperados son superiores al valor presente de su liquidación–.

(20) En EIDENMUELLER, H., y PAZ VALBUENA, J., “Towards a Principled Approach for Bailouts of COVID-distressed Critical/Systemic Firms”, *SSRN Working Paper Series*, n.º 571/2021, 2021, pp. 1-35 se argumenta que el concurso de acreedores no se presenta como una alternativa factible para solventar los problemas de empresas que han visto paralizada su actividad a raíz de la COVID-19. El número de empresas que se acogiera este régimen solo aumentaría la presión sobre el sistema sin erradicar el problema de fondo. Los autores consideran, en cambio, que las decisiones de quita o de rescate por parte del Estado pueden resultar medidas óptimas cuando las empresas rescatadas sean consideradas de especial relevancia para la continuidad de la actividad económica (por razón de las externalidades negativas que generaría su desaparición del mercado).

(21) Dotar de recursos financieros a empresas que anteriormente a la crisis ya padecían de problemas estructurales severos y ajenos completamente a la situación vigente únicamente alargaría el proceso de desaparición de las mismas y se perderían recursos que podrían haberse invertido en aquellas cuya continuidad fuese realmente productiva para la economía en su conjunto. Véase al respecto HODBOD, A., HOMMES, C., HUBER, S.J., y SALLE, I., “Is COVID-19 a consumption game changer? Evidence from a large-scale multi-country survey”, *Covid Economics*, n.º 9, 2020, pp.40-76.

(22) En esa misma línea el Gobierno español aprobó el Real Decreto Ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19. El primer título de dicha disposición legal enumera una serie de medidas que pretenden proporcionar una vía directa de ayudas a autónomos y a empresas en dificultades. Se prevé una dotación de 7.000 millones de euros para esta línea de ayudas.

(23) La otra cara del argumento nos lleva a afirmar que será necesaria la liquidación de aquellas empresas en dificultades que no cumplan estas características. (*Vid.* Nota 21). Esto es así porque la naturaleza del procedimiento concursal (incluida la fase de liquidación) para determinadas empresas no impide la utilización del mecanismo de la reestructuración para otras. En ese sentido, es importante destacar el trabajo teórico de Donaldson, Morrison, Piacentino y Yu (2021) en el que se prueba la complementariedad de ambos mecanismos. Sobre la escasa eficacia del concurso como medida para atajar shocks como el producido por la pandemia véase: Van Zwieten, Eidenmueller y Sussman (2021); Casey (2021).

IV. LOS COSTES ASOCIADOS A LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

Las medidas de intervención en los contratos pueden tener repercusiones muy distintas en la economía de los mismos. Los efectos y los costes resultantes dependerán esencialmente del grado de intervención y de la eficiencia o acierto de las medidas aplicadas. Los autores de esta contribución se decantan por afirmar que cuanto menor sea la intervención directa en la contratación, menores serán los costes asociados a la misma.

Es claro que, ante una situación de extendida emergencia económica, la resolución o extinción generalizada de contratos es un resultado que, en principio, conviene evitar. Las relaciones contractuales existentes antes de la emergencia se deben presumir beneficiosas para las partes, dada la voluntariedad (24) de su origen y persistencia. Por lo tanto, es procedente asumir que la mayoría (25) de las relaciones contractuales previas al inicio de la pandemia generaban valor para las partes y, por ende, para la sociedad en su conjunto. Si se resuelve el contrato, se destruye el valor relacional asociado al mismo.

Este valor intrínseco se genera en el seno de un entramado de relaciones de reciprocidades (26) que opera como mecanismo para incentivar conductas que producen un valor que incrementa el bienestar social. La cadena de valor depende de la confianza generada sobre la continuidad de las transacciones. El valor decae no solo cuando la cadena se rompe, sino también cuando existe una expectativa razonable de que una de las partes implicadas pueda sistemáticamente resolver a su arbitrio. Esta estructura cobra especial importancia en entornos en los que la estructura contractual es compleja: cadenas de suministros y distribución, relaciones entre fabricantes, mayoristas y clientes finales, etc.

Los costes en todos estos casos son especialmente elevados. Existe, por tanto, una externalidad de red que acarrea un efecto amplificador de la extinción de una determinada relación contractual. Incluso para aquellos supuestos en los que el elemento relacional no es sustancial (por ejemplo, un contrato de préstamo hipote-

(24) El análisis económico del derecho parte de la premisa fundamental de que los contratos libremente consentidos son mutuamente beneficiosos para las partes contratantes (SHAVELL, S., *Foundations of Economics Analysis of Law*, Harvard University Press, 2009, p. 293). Es decir, estos mejoran *ex ante* el bienestar de los contratantes, si son genuinamente voluntarios. Por eso son jurídicamente vinculantes (*ex* artículo 1091 CC). Si el valor esperado del resultado de una determinada transacción contractual no fuera positivo para ambas partes, al menos una de ellas no estaría dispuesta a contratar.

(25) No hay indicios que nos indiquen a pensar que las operaciones destruidas con el inicio de la pandemia son aquellas que precisamente generaban mayores externalidades negativas o que tenían un valor más bajo. Por lo tanto, debemos descartar la idea de que la pandemia puede haber facilitado la subsistencia de las transacciones con verdadero valor para las contrapartes implicadas. Otra de las hipótesis que se podría plantear es si el inicio de la pandemia proporcionó suficiente información para las partes y evitó en determinados supuestos que estas incurrieran en sesgos cognitivos que las llevaban a contratar cuando no les era racional hacerlo. La heterogeneidad de las consecuencias de la pandemia hace que la verificación de dicho planteamiento se revele como una tarea prácticamente imposible de realizar.

(26) La literatura ha abordado esta cuestión en GANUZA, J. J. y GÓMEZ, F., “Contracts without Courts”, (en revisión, *Journal of Economics and Management Strategy*, 2021) y en DE CHIARA, A., “Courts’ Decisions, Cooperative Investments, and Incomplete Contracts”, *SSRN Working Paper Series*, 2020, pp.1-60.

cario relativo a la adquisición de vivienda), la extinción o resolución también conlleva costes notorios para todas las partes implicadas y para la sociedad. Y es que el deudor pierde la titularidad del bien y con ello todos los usos y disfrutes asociados a la misma. La otra parte, el acreedor, podrá adquirir la titularidad del bien que había sido objeto de garantía, pero no los beneficios esperados que quería obtener con la operación. Además, existen externalidades negativas que derivan de la resolución y que afectan negativamente al bienestar social (los costes asociados a la administración de justicia, la reducción de la concesión de crédito o del valor del mismo en lugares que evidencian elevadas cifras de litigación (27), etc.).

Por todo lo expuesto, parece razonable afirmar que la resolución o extinción generalizada de contratos en vigor y la consiguiente pérdida asociada no se presenta como alternativa atractiva para atajar las consecuencias de la crisis, más bien todo lo contrario. Por ello mismo, muchos países de nuestro entorno (28) adoptaron en los albores de la emergencia sanitaria medidas de alcance general con el fin de preservar la vigencia de los contratos. En España, en cambio, las medidas han sido de alcance más modesto. Es cierto que se estableció una moratoria aprobada por los Reales Decretos Ley 11/2020 y 15/2020, para el ámbito arrendaticio residencial y comercial, respectivamente, que impusieron un aplazamiento legal al pago de las rentas del arrendamiento para ciertos colectivos vulnerables a causa de la pandemia. Es cierto también que se han previsto ciertas medidas adicionales para preservar las relaciones arrendaticias. Se ha dispuesto que, con carácter general, los arrendatarios de vivienda pueden prorrogar hasta seis meses los contratos que venzan entre la entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2020 (29) y los dos meses siguientes a la finalización del estado de alarma (30). De forma menos general y en relación con los arrendatarios de vivienda en situación económica vulnerable y sin alternativa habitacional (31), se ha introducido la posibilidad de suspensión de los lanzamientos –hasta la finalización del estado de alarma– si no se hubiera decretado ya el lanzamiento, hasta que los servicios sociales adopten las medidas oportunas. Siguiendo esta línea, el Real Decreto Ley 35/2020 (32) por el que en su artículo primero se ha dispuesto al arrendatario de locales de negocio, cuyo

(27) La evidencia para el caso español nos muestra que un aumento de la litigación civil conlleva apreciablemente la concesión de crédito hipotecario (GÓMEZ POMAR, F., SEGURA MOREIRAS, A., Y SPRUK, R., “Litigation and the Mortgage Market: Evidence from Spain”, *Working Paper*, 2021).

(28) A ese respecto, cabe destacar la actuación por parte de Francia que privó de efectos a las cláusulas penales, resolutorias y de terminación o extinción por incumplimientos, si la fecha en que debía producirse el cumplimiento caía entre el 12 de marzo de 2020 y un mes posterior a la expiración del estado de emergencia (previsto para el 23 de mayo de 2020, pero que se ha ido prorrogando sucesivamente). Alemania tomó medidas para evitar la resolución contractual en el ámbito arrendaticio, suspendiendo hasta el 30 de junio de 2020 la facultad del arrendador de resolver el contrato de arrendamiento por impago de la renta y de cantidades similares devengadas entre el 1 de abril y el 30 de junio de 2020. En Inglaterra y Gales se estableció que los arrendadores no podían desahuciar a los arrendatarios de locales comerciales u oficinas por el impago de cantidades asimiladas hasta el 30 de junio.

(29) Que ha incorporado modificaciones por el Real Decreto Ley 37/2020, de 22 de diciembre.

(30) Actualmente prorrogado hasta el 9 de mayo de 2021 por el Real Decreto Ley 956/2020, de 3 de noviembre.

(31) *Vid.* Artículo 1 y 1 bis del Real Decreto Ley 11/2020.

(32) Real Decreto Ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria.

arrendador sea una entidad o empresa pública u ostente la condición de gran tenedor (33), la facultad de elegir entre dos opciones: 1) una reducción del 50% de la renta durante el periodo de vigencia del estado de alarma o 2) una moratoria en el pago que se podrá extender hasta cuatro mensualidades posteriores a la finalización del estado de alarma.

Probablemente, al comienzo de la pandemia, una suspensión general de resoluciones contractuales (34) en distintos campos, incluido el ámbito arrendaticio podría haber resultado ser una medida más eficiente para evitar la destrucción el valor relacional asociado a los contratos. Al prolongarse la situación de caída de demanda en distintos sectores económicos (comerciales, de restauración), es posible que una parte de esos contratos ya no sean viables ni supongan ya el mejor uso actual de los recursos económicos (inmuebles, servicios, capital humano). Arbitrar mecanismos equilibrados de salida de esos contratos se convierte en una tarea relevante para la legislación contractual de emergencia.

Tal y como ya se ha apuntado, aquellas medidas (35) que imponen necesariamente al arrendador en caso de suspensión de la actividad en el inmueble arrendado reducciones significativas en la renta (50%) no dejan margen efectivo a la negociación entre las partes y se erigen como soluciones poco respetuosas con la subsidiariedad de los mecanismos de alteración de lo pactado por las partes ante el acaecimiento de circunstancias sobrevenidas. En un momento como el actual, el foco de atención para muchos contratos, a la vista de la prolongación de la situación de crisis, debe centrarse en las consecuencias e implicaciones contractuales *ex post*. Es razonable pensar que el impacto duradero de la pandemia y las medidas restrictivas hayan determinado que algunos contratos ya no supongan, de hoy para el futuro, el mejor uso de los recursos. Empeñarse en mantenerlos, imponiendo por encima del acuerdo mutuo, de forma global (o individualizada, incluso) modificaciones de los términos esenciales del contrato, no parece una opción atractiva. Esto puede suponer mantener artificialmente un contrato que no supone ya la mejor asignación de recursos. Parece más deseable canalizar los esfuerzos del legislador de Derecho privado a la mejora de la eficiencia de la refinanciación y reorganización de las empresas viables en el medio plazo y aligerar la carga del pasado para las que no lo son, a fin de que los recursos humanos que están detrás puedan volver al mercado en actividades distintas cuanto antes.

(33) A efectos del Real Decreto se entiende como gran tenedor toda persona física o jurídica que sea titular de más de 10 inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m².

(34) Siguiendo este análisis, algunos autores han sugerido que la aplicación del artículo 79 de la CISG parece pertinente. Por tanto, se dan los requisitos para que una parte no se considere civilmente responsable ante el incumplimiento de sus obligaciones. No obstante, la aplicación de este precepto no puede ser en ningún caso automática y deben siempre cumplirse los requisitos que la regulación contempla. De lo contrario, tal y como se argumenta en este trabajo, se estaría añadiendo una fuente adicional de incertidumbre al panorama actual.

(35) Véanse *supra* el Real Decreto Ley 35/2020 y el Decreto Ley catalán 34/2020.

V. LOS CONTRATOS SINGULARIZADOS: CLÁUSULAS MAC Y MAE EN LOS CONTRATOS DE ADQUISICIÓN DE EMPRESAS

La virulencia de los efectos de la crisis no ha dejado incólumes a los contratos más complejos y más minuciosamente negociados y redactados. En otras palabras, la emergencia sanitaria y sus indudables repercusiones económicas han afectado también al grupo de relaciones contractuales que por su naturaleza requieren de un mayor detalle en la configuración de las cláusulas o términos que las configuran. Dentro de este elenco de operaciones podemos encontrar los contratos de *M&A* o de gran financiación corporativa, en los que las disputas (36) en torno a la eventualidad de la pandemia también son de especial relevancia.

Parece obvio que la reducción de ingresos del 2020 y el 2021 (quién sabe si también el 2022) puede frustrar la expectativa de beneficio sobre la adquisición de una gran corporación hotelera realizada en febrero de 2020. La institución financiera que ha avalado la compra de esta entidad también verá con gran preocupación cómo las ratios financieras que se habían incluido en el contrato para permitir nuevas disposiciones de la financiación concedida están abocadas a su incumplimiento por parte del deudor.

Los efectos de la pandemia pueden suponer un obstáculo real al cumplimiento de las obligaciones que emanan de contratos de esos tipos. No obstante, no creemos que los remedios o medidas de carácter generalizado que el legislador de emergencia pueda adoptar para los contratos seriados y que se producen en gran número en la economía sean más aptos para afrontar las consecuencias de la crisis que los instrumentos o disposiciones ya bien engrasados para hacer frente a contingencias imprevistas que este tipo de contratos suelen contener. Parece claro que la distribución del riesgo de la pandemia –o al menos su gravedad– entre las contrapartes no es una eventualidad que se haya podido prever razonablemente con precisión y, consecuentemente, ordenar específicamente en cuanto a sus efectos para el contrato. Pero no menos cierto es que aquello que las partes dispusieron para eventos de índole inesperada resultará más ajustado a la maximización del valor del contrato que las soluciones generales (cláusula *rebus sic stantibus*) o las introducidas *ad hoc* para los contratos por el legislador de emergencia.

Es en este punto en el que cobran especial relevancia las cláusulas *MAC* (37) y *MAE* (38) (*Material Adverse Change* y *Material Adverse Event*) y sus complejos

(36) *Vid.* Auto número 155/2020, de 30 de abril, del Juzgado de 1ª Instancia nº 60 de Madrid, por el que se aprueban las medidas cautelares solicitadas por el Grupo Celsa en relación con un contrato de financiación con carácter preventivo y sin previa declaración de vencimiento anticipado o inicio de acciones ejecutivas por parte de las entidades financiadoras. El fundamento substantivo que sirve de base para la argumentación del tribunal es la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*. Un análisis crítico del mismo realizado por el profesor Alberto Manzanares se puede encontrar en el blog del *Almacén de Derecho* (<https://almacendederecho.org/el-auto-de-medidas-cautelares-en-la-refinanciacion-de-celsa>).

(37) En SCHWARTZ, A. A., “Frustration, the MAC Clause, and COVID-19”, *University of Colorado Law Legal Studies Research Paper*, n.º 21-17, 2021, pp. 1-55 se discute sobre la idoneidad y los requisitos necesarios para la aplicación de las cláusulas *MAC* ante la situación de pandemia. El artículo concluye que en determinados supuestos concretos puede ser preceptiva la aplicación de dicha cláusula.

(38) En JENNEJOHN, M., NYARKO, J., y TALLEY, E. L., “COVID-19 as a Force Majeure in Corporate Transactions, Law in the Time of COVID-19”, *Columbia Law School Working Paper*, 2020, pp. 1-11

esquemas de *carve-ins* y *carve-outs*. Representan instrumentos específicos para garantizar la futura solvencia del deudor (en los contratos de financiación) o como estipulación de la valoración del precio de una determinada compañía en el momento en el que se firmó el contrato para las operaciones de *M&A*.

Por lo tanto, consideramos que es más prudente y certero dejar que los instrumentos específicamente ideados por las partes rijan las relaciones contractuales en estos ámbitos.

VI. EL PAPEL DE LA COMPETENCIA

El Derecho de la competencia⁽³⁹⁾ juega un papel muy importante como mecanismo que permite que las empresas puedan concurrir en el mercado en condiciones de competencia competitiva. La competencia induce a la mejora y eficiencia productiva. Pero es que su beneficio no se limita a la esfera de los productores. Con el desarrollo de un mercado competitivo, se beneficia a consumidores y usuarios que disponen de una mayor variedad de productos y acceden a los mismos a un menor precio.

Parece razonable pensar que, en tiempos de «normalidad», la competencia debe ser un objetivo fundamental en cualquier economía avanzada. La pregunta que debemos resolver es si tan loable objetivo debe o no mantenerse intacto en una crisis de la envergadura de la que soportamos.

Tal y como hemos comentado en secciones precedentes, la transferencia de fondos por parte del Estado a empresas o sectores estratégicos se muestra como una medida acertada para paliar los efectos más inmediatos de la crisis. Las partidas presupuestarias que salgan de las arcas públicas con ese objetivo han de dirigirse a las empresas en verdadera situación de dificultad y primando aquellas empresas que tengan una cierta viabilidad a largo plazo. La transferencia de fondos, por tanto, no puede ser indiscriminada. Atendiendo a la escasez de recursos, debe concentrarse el esfuerzo de la sociedad en aquellas empresas que puedan reportar un mayor valor al conjunto de la colectividad en el futuro.

Las políticas públicas que sirvan a estos efectos deben observar principios básicos de no discriminación, pues de lo contrario se vulnerarían derechos sin atender a razones económicas sólidas, contraviniendo así los principios más básicos que rigen el mercado interno de la Unión Europea. De este mismo modo, si queremos preservar los incentivos que tienen las partes en mejorar sus procesos productivos y, en esencia, la eficiencia de su actividad, las medidas adoptadas no

se documenta extensamente la evolución de la inclusión de cláusulas MAE y MAC en operaciones de *M&A* para el periodo de 2003-2020. Se constata en este trabajo un aumento sustantivo del número de cláusulas durante el inicio de la pandemia. En esa misma línea, destacamos el trabajo de JENNEJOHN, M., NYARKO, J., y TALLEY, E. L., “Contractual Evolution”, *Columbia Law School Working Paper*, 2021, pp.1-63, en la que demuestran usando la misma base de datos que la evolución de términos y cláusulas comerciales en las operaciones de fusión y adquisición de empresas no sigue un patrón uniforme, sino que adopta una multiplicidad de formas dependiendo del contexto en el que se desarrolle.

(39) Sobre la relevancia del derecho de la competencia, véanse las disposiciones contenidas en los artículos 101 a 109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Protocolo Número 27 sobre competencia y mercado interno.

deben distorsionar la competencia de tal modo que resulte en una alteración de este proceso de mejora constante.

La salida de la crisis será con competencia o no será.

VII. CONCLUSIONES

El escenario sanitario, económico y social de los últimos meses ha sido turbulento, cuando no trágico. El presente es muy incierto, lo que debe hacernos extremar la cautela (necesaria, en todo caso) a la hora de formular recomendaciones de política pública y de política jurídica. Pero eso no puede suponer renuncia a intentar aprovechar el conocimiento disponible para analizar lo hecho, evaluarlo y proponer mejoras. Una crisis sistémica e inesperada es un escenario muy poco atrayente. Buen número de las medidas adoptadas en el corto plazo para afrontar el impacto devastador de la enfermedad para las sociedades europeas han sido las que el buen sentido jurídico y económico podían hacer deseables. No todas ellas, sin embargo, han resultado eficaces y acertadas al realizar su cometido. Algunas han tratado de presentarse como actuaciones para absorber y distribuir ampliamente el coste de la crisis económica, cuando no son sino intervenciones para cargar las consecuencias sobre otros grupos, no siempre bien posicionados para afrontarlo de forma adecuada y eficiente.

Por otro lado, la emergencia de liquidez, que requiere medidas de una cierta naturaleza, está dando paso a marchas forzadas a una crisis de solvencia en muchos sectores de la economía. Eso requiere cambiar el foco y pensar en actuaciones que permitan hacer una transición lo más indolora posible al escenario post-pandemia preservando tejido productivo y capital humano, pero no petrificando lo que resulta inviable. El problema sigue siendo macroeconómico, pero hace falta una lente más precisa y medidas más individualizadas. Es el momento de ponerse a ello.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- CASEY, ANTHONY J. Bankruptcy & Bailouts; Subsidies & Stimulus: The Government Toolset for Responding to Market Distress. In: University of Chicago Legal Forum, Forthcoming. 2021.
- CHIU, I. H. K., KOKKINIS, A. y MIGLIONICO, A., “Regulatory Suspensions in Times of Crisis: The Challenges of Covid-19 and Thoughts for the Future”, *Law Working Paper*, n.º 517/2020, 2020, p. 1-36.
- DE CHIARA, A., “Courts’ Decisions, Cooperative Investments, and Incomplete Contracts”, *SSRN Working Paper Series*, 2020, pp.1-60.
- DE LA FUENTE, A., ARRUÑADA, B., BERMEJO, N., CERQUEIRA, O., CERVERA, M., FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., FLORES, M., GARCIMARTIN, F., VAN HEMMEN, S., MARISTANY y RUBIO SANZ, J., «¿Cómo ayudar a las empresas en la crisis del Covid?», *FEDEA Policy Papers*, n.º 05, 2021. pp. 6-8.
- DÍEZ, F. J., DUVAL, R., FAN, J., GARRIDO, J., KALEMLI-ÖZCAN, S. y MAGGI, C., “Insolvency Prospects Among Small and Medium Enterprises in Advanced Economies: Assessment and Policy Options”, *FMI Working papers*, n.º 2021/002, 2021, pp.1-29.

- EIDENMUELLER, H. y PAZ VALBUENA, J., “Towards a Principled Approach for Bailouts of COVID-distressed Critical/Systemic Firms”, *SSRN Working Paper Series*, n.º 571/2021, 2021, pp. 1-35.
- GALÍ, J., “The Effects of a Money-Financed Fiscal Stimulus”, *Journal of Monetary Economics*, n.º 119, 2020, pp. 1-19.
- GANUZA, J. J. y GÓMEZ, F., “Contracts without Courts”, (en revisión, *Journal of Economics and Management Strategy*, 2021).
- GERDING, E., “Against Regulatory Stimulus”, *Law and Contemporary Problems*, n.º 83(1), 2020, p. 49.
- GÓMEZ POMAR F., GANUZA, J.J. y ARTIGOT, M., «¿Y todos estos pleitos, para qué?», *InDret*, n.º 4.2018, 2018, pp. 1-8.
- GÓMEZ POMAR, F., «Después de diez años», *InDret*, n.º 4.2020, 2020, pp. 1-10.
- GÓMEZ POMAR, F. y ARTIGOT GOLOBARDES, M., «Control judicial sobre cláusulas predisuestas y diseño de contratos de crédito hipotecario en España», *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, n.º 915, 2020, pp. 53-68.
- GÓMEZ POMAR, F. y ALTI SÁNCHEZ-AGUILERA, J., «Cláusula *rebus sic stantibus*: viabilidad y oportunidad de su codificación en el derecho civil español», *InDret*, n.º 1.2021, 2021, pp. 502-577.
- GÓMEZ POMAR, F., SEGURA MOREIRAS, A. y SPRUK, R., “Litigation and the Mortgage Market: Evidence from Spain”, *Working Paper*, 2021.
- HODBOD, A., HOMMES, C., HUBER, S.J. y SALLE, I., “Is COVID-19 a consumption game changer? Evidence from a large-scale multi-country survey”, *Covid Economics*, n.º 59, 2020, pp.40-76.
- JENNEJOHN, M., NYARKO, J. y TALLEY, E. L., “COVID-19 as a Force Majeure in Corporate Transactions, Law in the Time of COVID-19”, *Columbia Law School Working Paper*, 2020, pp. 1-11.
- JENNEJOHN, M., NYARKO, J. y TALLEY, E. L., “Contractual Evolution”, *Columbia Law School Working Paper*, 2021, pp.1-63.
- LISTOKIN, Y., *Law and Macroeconomics*, Harvard University Press, 2019.
- LISTOKIN, Y., “A theoretical framework for law and macroeconomics”, *American Law and Economics Review*, n.º 21(1), 2019, pp. 46-80.
- LISTOKIN, Y., “Law and Macro: What Took So Long?”, *Law & Contemp. Probs.*, n.º 83, 2019, p. 141.
- POSNER, R. A., *Economic analysis of law*, Wolters kluwer law & business, 2014, pp. 1-5.
- SCHWARTZ, A. A., “Frustration, the MAC Clause, and COVID-19”, *University of Colorado Law Legal Studies Research Paper*, n.º 21-17, 2021, pp. 1-55.
- SHAVELL, S., *Foundations of Economics Analysis of Law*, Harvard University Press, 2009, p.293.
- TARULLO, D., “Time-varying Measures in Financial Regulation”, *Law and Contemporary Problems*, n.º 83(1), 2020, p. 1.
- VAN ZWIETEN, KRISTIN; EIDENMUELLER, HORST; SUSSMAN, OREN. Bail-outs and Bail-ins are better than Bankruptcy: A Comparative Assessment of Public Policy Responses to COVID-19 Distress. European Corporate Governance Institute-Law Working Paper, 2020, 535.

LA SUSPENSIÓN DEL TRANCURSO DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD CIVILES DURANTE EL ESTADO DE ALARMA DECLARADO POR EL REAL DECRETO 463/2020, DE 14 DE MARZO

Antoni VAQUER ALOY*

Resumen

En este capítulo se analiza la suspensión del transcurso de los plazos de prescripción y caducidad civiles ordenada en el RD 463/2020, con ocasión de la declaración del estado de alarma por razón de la pandemia. A la vista de otros modelos comparados y del precedente contenido en la Ley de 1 de abril de 1939, se señalan las debilidades de la solución adoptada y se afirma la necesidad de una regulación modernizada de la prescripción en el derecho estatal. Por último, se plantea si la suspensión de los plazos alcanza también a los de usucapión.

Palabras clave

Prescripción, usucapión, suspensión, fuerza mayor.

Abstract

This chapter analyses the suspension of the running of the limitation periods established in Royal Decree 463/2020 on the occasion of the declaration of the state of emergency. Tracing a comparison with other legal systems and the precedent enshrined in the Act of 1 April 1939, the main flaws of the statute are highlighted and the necessity of a modernised law of limitation is affirmed. Lastly, the chapter considers whether the suspension also affects the periods of acquisitive prescription.

* Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Lleida. Este trabajo se enmarca en las actividades del grupo de investigación consolidado 2017 SGR 997.

Keywords

Extinctive prescription, acquisitive prescription, suspension, impediment beyond creditor's control.

SUMARIO. I. La Disposición Adicional Cuarta del RD 463/2020. II. La suspensión de la prescripción. III. La suspensión del transcurso de los plazos de prescripción en el RD 463/2020. IV. La suspensión del transcurso de los plazos de caducidad. V. ¿Suspensión del transcurso de los plazos de usucapión? VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA DEL RD 463/2020

La DA 4ª del RD 463/2020, que por primera vez declaró el estado de alarma en España con motivo de la pandemia causada por el COVID-19, dispuso lo siguiente: «Los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos quedarán suspendidos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren». Esta DA seguía a otras dos que afectaban a los plazos administrativos y a los plazos procesales, que aquí no se van a tratar. Una norma de este calado no se encuentra en el RD 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró nuevamente el estado de alarma en España.

La DA 4ª introdujo, en su literalidad, una causa de suspensión de los plazos de prescripción y caducidad, lo que hay que entender, con más precisión, como suspensión del transcurso de los plazos y no de los mismos plazos. A diferencia de cuanto sucedió con la «suspensión» de los plazos administrativos, por las dudas que suscitó la desafortunada redacción de la DA 3ª sobre si verdaderamente era suspensión o, por el contrario, interrupción, que dio lugar incluso a una suerte de interpretación auténtica por la Abogacía del Estado (1), no hay debate doctrinal en que se trata de una causa de suspensión, de carácter excepcional y limitada en el tiempo (2), pese a que el Derecho civil estatal carece de regulación de la suspensión

(1) Consulta sobre la forma en la que habrá de procederse en el momento que pierda vigencia la suspensión de los plazos previstos por el RD 463/2020. Interpretación de la disposición adicional tercera, disponible en http://www.icpm.es/downNews/3262_Informe%20AE.pdf (último acceso 31.3.2021). La confusión se arrastró hasta el RD 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por 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, cuyo art. 9 dispuso que «Con efectos desde el 1 de junio de 2020, el cómputo de los plazos administrativos que hubieran sido suspendidos se reanudará, o se reiniciará, si así se hubiera previsto en una norma con rango de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas».

(2) Concretamente, hasta el 3 de junio de 2020, de acuerdo con el art. 10 del RD 537/2020: «Con efectos desde el 4 de junio de 2020, se alzarán la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de derechos y acciones».

del transcurso de los plazos de prescripción y caducidad. Esto es, se inserta, con carácter excepcional y limitado en el tiempo, únicamente con motivo de la declaración del estado de alarma, una causa de suspensión en una regulación de la prescripción que desconoce la suspensión; y huelga decir, por sabido, que el Código civil no se ocupa sistemáticamente de la caducidad, aunque sí anuda en determinados casos –en algunos incluso empleando una tal denominación– al transcurso de ciertos plazos.

De lo dicho hasta ahora se desprende que no todo estado de alarma declarado por el COVID-19 conlleva suspensión del transcurso de los plazos de prescripción y caducidad. La razón de ello –si la hay– tal vez se encuentre en que el RD 463/2020 ordenó el confinamiento domiciliario, mientras que el RD 926/2020 solo contempla confinamientos perimetrales. Si tal es la razón, en las páginas que siguen se tratará de responder si es una razón convincente y suficiente.

II. LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

La citada DA 4ª del RD 463/2020 introduce una causa de suspensión del transcurso del plazo prescriptivo, a pesar de que el Derecho civil estatal no regula con carácter general esta suspensión. Solo el art. 955 del Código de comercio la contempla en el derecho vigente: «En los casos de guerra, epidemia oficialmente declarada o revolución, el Gobierno podrá, acordándolo en Consejo de Ministros y dando cuenta a las Cortes, suspender la acción de los plazos señalados por este Código para los efectos de las operaciones mercantiles, determinando los puntos o plazas donde estime conveniente la suspensión, cuando esta no haya de ser general en todo el Reino». Resulta notorio, tras la lectura del precepto, que la suspensión no es automática, sino que debe acordarse por el Consejo de Ministros, como ha sido el caso del RD 463/2020; y que el Consejo de Ministros tenía la potestad, que no ejercitó, de limitar el efecto suspensivo a determinados lugares, de modo que se extendió a todo el territorio del Estado. Por otra parte, existe el precedente de la Ley de 1 de abril de 1939, cuyo art. 1 disponía lo siguiente: «Con efecto de retroacción al 17 de julio de 1936 se suspenden los plazos para la prescripción adquisitiva y extintiva de derechos y acciones, sean de índole civil o mercantil, en todos los casos en que, por la situación de las personas, de los bienes o de los medios necesarios o adecuados, no haya sido posible desde entonces el ejercicio de los expresados derechos y acciones». En Derecho español, pues, la suspensión del transcurso de los plazos prescriptivos se ha anudado a grandes y extraordinarias calamidades (3), entonces la Guerra Civil, ahora la pandemia del coronavirus; de los supuestos del art. 955 CCom, solo queda por experimentar la revolución, cualquiera que sea el significado que deba tener ese vocablo.

La suspensión conlleva que el plazo deja de computarse cuando se produce el supuesto de hecho previsto legalmente, para reanudarse una vez este hecho desaparece; por ello, el tiempo transcurrido hasta el acontecimiento suspensivo no se pierde, sino que computa, y el plazo sigue transcurriendo una vez fine el hecho, de

(3) Así, también, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «De nuevo, los plazos ante el COVID-19: o del elogio a la locura», *El Notario del Siglo XXI*, mayo-agosto 2020.

modo que para completar el plazo se suma el periodo anterior y posterior a la suspensión. La diferencia con la interrupción es palmaria, pues esta supone el reinicio del cómputo desde cero, sin que pueda aprovecharse el tiempo transcurrido antes del hecho interruptivo. (4) En general, las causas de suspensión atienden a supuestos que impiden a las personas el ejercicio de sus derechos, por lo que se les otorga la posibilidad de que, mediante la alegación de la correspondiente excepción, no se compute el período en que el ejercicio de esos derechos no ha sido posible.

En el Derecho comparado, el *soft law* europeo sí regula la suspensión del transcurso del plazo prescriptivo y entre las causas se halla la fuerza mayor. En concreto, el art. 14:303 PECL, en su apartado primero, señala que “The running of the period of prescription is suspended as long as the creditor is prevented from pursuing the claim by an impediment which is beyond the creditor’s control and which the creditor could not reasonably have been expected to avoid or overcome”; el apartado segundo apostilla que, sin embargo, para que se aplique el apartado 1 el suceso impeditivo debe acaecer o subsistir durante los últimos seis meses del plazo prescriptivo. El art. III.-7:303 DCFR añadió dos apartados a la norma de los PECL: «(3) Si la duración o la naturaleza del impedimento es tal que sería irrazonable esperar que el acreedor tome medidas para hacer valer su derecho dentro del plazo de prescripción que reste después de que la suspensión haya finalizado, el plazo de prescripción no expira antes de que hayan transcurrido seis meses contados desde el momento en que el impedimento desapareció. (4) En este Artículo un impedimento incluye un impedimento psicológico». (5) El Código civil de Cataluña se ha inspirado en los PECL para introducir en el art. 121-15 la fuerza mayor como causa de suspensión: «1. La prescripción se suspende si la persona titular de la pretensión no puede ejercerla, ni por ella misma ni por medio de representante, por causa de fuerza mayor concurrente en los seis meses inmediatamente anteriores al vencimiento del plazo de prescripción. 2. Los efectos de la suspensión no se inician en ningún caso antes de los seis meses establecidos por el apartado 1, aunque la fuerza mayor sea preexistente». (6) De manera semejante se expresa el § 206 BGB (7).

(4) Sobre la suspensión de la prescripción, véase, por todos, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *La suspensión de la prescripción en el Código civil español*, Dykinson, Madrid, 2002.

(5) Versión española de JEREZ DELGADO, C. (coord.), *Principios, definiciones y reglas de un derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, BOE, Madrid, 2015. Véase DOMÍNGUEZ LUELMO, A., ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., «La prescripción en los PECL y en el DCFR», *InDret*, 2009/3, pp. 15-18.

(6) Similar es la propuesta de la Comisión General de Codificación de un nuevo párrafo primero del art. 1932 CC dentro de la propuesta Reforma de la prescripción y la caducidad: «La prescripción queda en suspenso, cuando el titular de un derecho esté imposibilitado para interrumpirla, durante el tiempo en que exista un impedimento fuera de su control, sin que se le pueda exigir de manera razonable que lo hubiera evitado o que lo elimine. Esta suspensión solo es aplicable cuando el impedimento surja o subsista en los últimos seis meses del plazo de prescripción». Por su parte, la propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil reza así: «Artículo 614-2. Suspensión por fuerza mayor. La prescripción se suspende si el titular de la pretensión no puede ejercerla, ni por sí mismo ni por medio de representante, por causa de fuerza mayor que concurre en los seis meses anteriores a la terminación del plazo de prescripción». Véase DEL OLMO GARCÍA, P., «La suspensión de la prescripción liberatoria: fragmentos de tradición y algunas dudas», en *La prescripción extintiva. XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 329-407, en particular pp. 405-407.

(7) Con todo, hay una diferencia que subraya ZIMMERMANN, R., *The New German Law of Obligations*, OUP, Oxford, 2005, p. 146: “According to Article 14:303 PECL, the impediment only has the

Con esta regulación, se pretende encontrar un equilibrio razonable entre los intereses de acreedor y deudor, sobre la base de que no es admisible que la pretensión del acreedor pueda ser rechazada por prescripción cuando no ha podido ejercitarla. Ahora bien, cualquier dificultad no basta: debe tratarse de «fuerza mayor», por tanto, una circunstancia ajena al acreedor, de carácter imprevisible o invencible, que excluye cualquier negligencia propia (8). Y, además, para que esa fuerza mayor sea susceptible de paralizar el transcurso del plazo, debe manifestarse en los últimos seis meses del plazo (9), esto es, en el período crítico que, si discurre hasta el fin, provocará que la prescripción se materialice. Por el contrario, si el obstáculo se manifiesta al inicio del plazo, no hay razón para sobreproteger al acreedor con la suspensión, pues con toda probabilidad le quedará tiempo suficiente y no se justifica la paralización (10).

III. LA SUSPENSIÓN DEL TRANSCURSO DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN EN EL RD 463/2020

La suspensión del transcurso del plazo prescriptivo en el RD 463/2020 se basa, como se ha dicho, en el estado de alarma y, más en concreto, se ha aventurado, en el confinamiento domiciliario que se ordenó. Pero el confinamiento domiciliario no impedía en absoluto interrumpir un plazo prescriptivo mediante una reclamación extrajudicial; por ejemplo, mediante un *sms* certificado o un correo electrónico. Sin embargo, el RD no hizo distinciones: todos los plazos de prescripción quedaban suspendidos, para todas las personas, con independencia de la concreta afectación a cada persona en particular y de si, efectivamente, el estado de alarma impedía el ejercicio de la pretensión.

El fundamento de la causa de suspensión por fuerza mayor, en cambio, tiene en cuenta el impacto del hecho impeditivo en la concreta persona. La opción por una suspensión general para toda pretensión y persona conduce a un resultado inícuo para quienes, en España, no están sometidas al Derecho civil catalán. Desde la declaración del estado de alarma y hasta el 4 de junio de 2020, todas las pretensiones contra cualquier persona estuvieron suspendidas en cuanto al transcurso del

effect of suspending the period of prescription ‘if [it] arises, or subsists, within the last six months of the prescription period’. § 206 BGB, in turn, suspends the running of the period ‘for as long as the creditor has, within the last six months of the period, been prevented by *force majeure* from pursuing the claim’. Thus, according to German law, the maximum period for which prescription may be suspended on account of *force majeure* is six months. This may be, however, too short: cases of kidnapping present an obvious example”. ¿Podría decirse lo mismo de pacientes de larga hospitalización por COVID-19?

(8) VAQUER ALOY, A., «La suspensión de la prescripción en el derecho civil catalán: ¿un modelo para la reforma del Código civil?», en GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (coord.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, II, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, p. 4959.

(9) En contra se había manifestado RIVERO HERNÁNDEZ, *La suspensión*, p. 209, y «Primera valoración de la regulación de la prescripción y la caducidad en el Código civil de Cataluña», *RCDI*, 2003, pp. 2137-2138.

(10) Por todos, ZIMMERMANN, R., «La nova regulació de la prescripció en el dret alemany. Un model per a Europa?», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 2, 2003, p. 132.

plazo. Fuera de este período temporal, no ha habido ningún tipo de suspensión. De este modo, una persona ingresada por COVID-19 en una UCI a partir del 5 de junio de 2020 puede haber visto cómo prescribía su pretensión, pese a estar afectada por una causa de fuerza mayor que le impedía ejercitarla. La situación era hartamente distinta en Cataluña: primero, por la suspensión general, que no diferenciaba entre territorios con Derecho civil propio, y, luego, por la causa específica del art. 121-15 CCCat, siempre que el suceso ocurriera en los últimos seis meses de la duración del plazo prescriptivo, con lo que los ciudadanos catalanes han podido beneficiarse doblemente –por el RD y por la legislación propia– de la suspensión.

Este resultado no es exclusivo de España, sino que es común en aquellos ordenamientos jurídicos que carecen de la causa de suspensión por fuerza mayor. Por ejemplo, en Bélgica, donde el Código civil conoce la suspensión de la prescripción pero no por fuerza mayor (art. 2251 a 2259), el *Arrêté royal* n° 2 [de 9 de abril] *concernant la prorogation des délais de prescription et les autres délais pour ester en justice ainsi que la prorogation des délais de procédure et la procédure écrite devant les cours et tribunaux* estableció en su art. 1 una extensión de un mes (11) en el vencimiento de los plazos prescriptivos que finalizaban entre el 9 de abril y el 3 de mayo (12) de 2020; en Ontario, donde no hay tampoco suspensión por fuerza mayor en la *Limitations Act 2002*, una orden de 20 de marzo de 2020, con efectos de 16 de marzo, suspendió los plazos prescriptivos por un periodo de 82 días.

Otros ordenamientos afinaron más y, pese a dictar una norma general de suspensión, la vincularon con la imposibilidad de la persona concreta de ejercitar su pretensión. Tal fue el caso de Nueva York, tras los atentados de 11 de septiembre. Entonces, el gobernador Pataki dictó la Orden Ejecutiva 113.7 que suspendió los plazos prescriptivos de las acciones civiles “*so far as it bars actions whose limitation period concludes during the period commencing from the date that the disaster emergency was declared*” (13), pero luego dictó una nueva Orden, la 113.28.122,

(11) Lo que se justifica así en el preámbulo: «à partir du jour où les mesures de sécurité plus strictes du Gouvernement et les restrictions à la vie publique et à la liberté de mouvement entraînés par ces mesures sont entrées en vigueur il y a un risque que les actes juridiques ne puissent pas être accomplis à temps. Bien entendu, tout délai est suspendu par la force majeure –contra non valentem agere, non currit praescriptio– mais il n’est pas évident que les limitations mentionnées soient identifiées dans tous les cas à la force majeure dans le sens strict du terme. (...) En raison de cela, il convient d’éviter les conséquences juridiques défavorables aussi longtemps que dure cette période, ce qui signifie en premier lieu que les délais de prescription et les autres délais pour ester en justice en matière civile –pour introduire une demande en justice– qui expirent durant cette période de crise doivent être prolongés. (...) Dans un souci de sécurité juridique, il est nécessaire de mettre en place un système simple et uniforme, pour ainsi dire «forfaitaire», qui sert au mieux les intérêts juridiques de tous, en donnant à chacun la possibilité d’agir dans un délai raisonnable après la fin de la période de crise actuelle».

(12) Extendido luego al 17 de mayo por el *Arrêté Royal* de 28 de abril de 2020, lo que demuestra la poca practicidad de introducir fechas fijas.

(13) La interpretación judicial es que se trata de una suspensión y no de una interrupción y solo en la medida de la afectación personal. Así se razonó en el caso *Scheja v Sosa* (2004) (http://www.courts.state.ny.us/Reporter/3dseries/2004/2004_00652.htm, último acceso 31.3.2021): “The plain meaning of these Executive Orders is that any litigant who was affected by the World Trade Center attacks and whose statute of limitations period expired between September 11, 2001 and November 8, 2001, was given a grace period of up until November 8, 2001, to satisfy the statute (see *Randolph v CIBC World Mkts.*, 219 F Supp 2d 399, 401 [2002]). The plaintiff urges an extraordinary interpretation of the Governor’s Executive Orders as a tolling provision. According to his argument, any litigant who was affected by the disaster emergency could have their period of limitations tolled for the num-

que extendió la suspensión en favor de aquellas personas directamente afectadas por los atentados. Las Órdenes ejecutivas dictadas por el gobernador Cuomo con motivo del COVID-19 distan de ser tan claras y están mediatizadas por la duración de la pandemia; así, la Orden ejecutiva 202.8, en su versión oficial en español, reza del siguiente modo: «cualquier límite de tiempo específico para el inicio, la presentación o la notificación de cualquier acción legal, aviso, moción u otro proceso o procedimiento, según lo prescriben las leyes procesales del estado (...) quedan por el presente suspendidos a partir de la fecha de este Decreto y hasta el 19 de abril de 2020» (14). Como puede observarse, la Orden abraza tanto los plazos prescriptivos como cualquier plazo procesal, lo que dificulta el entendimiento de las consecuencias jurídicas que se producen.

En este sentido, de regreso a España, el precedente de la Ley de 1 de abril 1939 no establecía una suspensión universal para todas las pretensiones y personas, sino únicamente «en todos los casos en que por la situación de las personas, de los bienes o de los medios necesarios o adecuados, no haya sido posible desde entonces el ejercicio de los expresados derechos y acciones», lo que se corresponde mejor con la *ratio* de la institución de la suspensión: la existencia de hechos que impiden a una persona el ejercicio de sus pretensiones.

Siendo la suspensión de la pretensión genérica, afecta a todos los plazos prescriptivos, tanto los legales generales del Código civil y particulares establecidos en leyes especiales, cuanto los plazos convencionales estipulados por las partes (15). Expresamente, el art. 121-3 CCCat permite extender al doble o acortar a la mitad los plazos (16). Si las partes hubiesen acordado la extensión del plazo prescriptivo, la suspensión legal del transcurso del plazo no les reportaría ninguna ventaja que necesitaran; en cambio, la reducción del plazo sí podría comprometer el ejercicio tempestivo de la pretensión si el vencimiento coincidiera con el estado de alarma. Lo que no permite el art. 121-3 CCCat es alterar las causas de suspensión, ni evidentemente cabría un pacto que excluyera la aplicación de la suspensión ordenada con motivo de la pandemia.

En conclusión, la suspensión del transcurso de los plazos de prescripción que ordena el RD 463/2020 representa un parche necesario en un sistema de normas de

ber of days from September 11, 2001, to November 8, 2001, no matter when the statute of limitations expired. This could not have been the intent of the Governor's Executive Orders. The state of emergency caused by the attacks on September 11, 2001, no longer existed at the time the plaintiff was required to commence his action in February 2002 and thus could not have interfered with his ability to meet the statute of limitations. Accordingly, the action should have been dismissed as time-barred insofar as asserted against the NYCTA”.

(14) Disponible en https://www.governor.ny.gov/sites/governor.ny.gov/files/atoms/files/EXEC_COVID19_ExecutiveOrder202.8_032120_Spanish.pdf (última consulta 31.3.2021).

(15) Así, también, presuponiendo que caben los pactos sobre prescripción en la línea del CCCat en toda España, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, «De nuevo, los plazos ante el COVID-19». La opinión contraria se expone en la Circular 2/2020 de la de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado de 18 de marzo de 2020: «el estado de alarma ha supuesto la suspensión de los plazos legales de prescripción y caducidad. Pero no se han suspendido con carácter general los plazos convencionales».

(16) Sobre este artículo y el ámbito de la libertad de pactos, FERRER RIBA, J., art. 121-3, en LAMARCA MARQUÈS, A., VAQUER ALOY, Antoni (coord.), *Comentari al llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 350-366; LAMARCA MARQUÈS, A., «Els efectes jurídics del temps. Prescripció i caducitat», en VAQUER ALOY, A. (coord.), *Dret civil. Part general i dret de la persona*, 4ª ed., Atelier, Barcelona, 2020, pp. 119-120.

prescripción que no se ha modernizado y que no contempla la suspensión por fuerza mayor (17). Ahora bien, esta necesidad –salvo en Cataluña, que sí dispone de norma específica– se hubiera podido atender con mejor técnica si, en vez de disponer una norma genérica de vigencia limitada a la del estado de alarma, se hubiera colocado el foco en la concreta afectación a las personas individualmente consideradas causada por la pandemia, pues esta afectación puede haber ocurrido –el ejemplo propuesto es el de la persona que debe permanecer ingresada en la UCI durante un período largo– fuera del primer estado de alarma declarado. La pandemia debería estimular al legislador estatal para acometer la modernización de la regulación de prescripción en la estela del *soft law* europeo.

IV. LA SUSPENSIÓN DEL TRANSCURSO DE LOS PLAZOS DE CADUCIDAD

La suspensión del transcurso de los plazos que establece el RD 463/2020 no se limita a los prescriptivos, sino que alcanza, también, a los de caducidad. Esta es una novedad interesante, pues, en principio, se dice que lo que caracteriza a la caducidad es que el transcurso del plazo no puede interrumpirse ni suspenderse. Es habitual citar la SAP Las Palmas de 29.12.2009 (18) y su sistematización de las diferencias entre prescripción y caducidad: «para el éxito del instituto prescriptivo es preciso que el mismo se haga valer por medio de una excepción, oportunamente opuesta por el demandado, mientras que la caducidad, al operar la extinción del derecho de modo automático, puede ser apreciada de oficio por el Juez, aunque solo se desprenda su existencia de la exposición del demandante. Por ello, la primera admite la interrupción y la renuncia, mientras que en la segunda no tienen influencia estas causas». Aun siendo cierto que hay autores que proponen distinguir dentro de la caducidad en función de los intereses y relaciones jurídicas en juego (19), orientación por la que se ha decantado el Código civil de Cataluña, pues el art. 122-3 se dedica a la «caducidad en las relaciones jurídicas disponibles» y declara aplicables las causas de suspensión de la prescripción así como las que acuerden expresamente las partes (20), lo cierto es que es una afirmación general en la manualística el carácter fatal del transcurso del tiempo en la caducidad (21).

(17) Véase DEL OLMO, P., «Silencio, la prescripción duerme», *Almacén de Derecho* <https://almacendederecho.org/silencio-la-prescripcion-duerme> (último acceso 31.3.2021).

(18) Roj: SAP GC 3878/200.

(19) Por todos, RIVERO HERNÁNDEZ, F., «¿Apreciación de oficio de la caducidad en todo caso? Necesidad de un régimen diferente para las relaciones jurídicas e intereses disponibles», *RD*, 2001, pp. 465-504.

(20) En opinión de NASARRE AZNAR, S., art. 122-3, en LAMARCA/VAQUER (coord.), *Comentari*, p. 664, lo que hace el legislador catalán es «sistematitzar diversos casos en què el TS havia excepcioanat la no-suspensió de la caducitat». La propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil sigue esta línea, pues, conforme a su art. 620-3, «1. A la caducidad se aplica el régimen jurídico de la prescripción siempre que sea posible. 2. Cuando la materia es indisponible la caducidad no se interrumpe, ni puede ser objeto de pacto o de renuncia, y es apreciable de oficio».

(21) Por todos, ALBALADEJO, M., *Derecho civil I*, 18ª ed. puesta al día de legislación y jurisprudencia por Silvia Díaz Alabart, Edisofer, Madrid, 2009, § 63, n.º 404; DIEZ-PICAZO, LUIS, GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil*, vol., I, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, pp. 379 y 381; LACRUZ BERDEJO, J. L.,

En cualquier caso, lo que resulta del RD 463/2020 es que, durante el periodo desde el 14 de marzo hasta el 4 de junio de 2020, el transcurso del plazo de caducidad de cualquiera acción, derecho de configuración legal o relación jurídica, disponible o no disponible, y con independencia del tiempo restante hasta la verificación de la caducidad, pues el legislador no distinguió, quedó suspendido, sin que se borrara el tiempo transcurrido hasta el inicio de la suspensión, con lo que resultan aplicables las mismas consideraciones críticas que se han formulado antes en relación con la prescripción.

Sucede, sin embargo, que excepcionalmente el legislador anuda la caducidad no al transcurso de un plazo más o menos breve, sino a una fecha fija. Tal es el caso del art. 20.2.c) CC, conforme al cual la facultad de opción por la nacionalidad española caduca el día que se cumplen los veinte años de edad, o, si el optante no estuviera emancipado según su ley personal al llegar a los dieciocho años, a los dos años desde la fecha de la emancipación (22). Otro supuesto se halla en el último párrafo del art. 14.2 en materia de vecindad civil: «el hijo desde que cumpla catorce años y hasta que transcurra un año después de su emancipación podrá optar bien por la vecindad civil de su lugar de nacimiento, bien por la última vecindad de cualquiera de sus padres» (23). En estos casos, no hay plazo cuyo transcurso se pueda suspender, pero el legislador no ha introducido ninguna previsión específica. Puesto que no se ha previsto al respecto pero sí se ha establecido una suspensión general aplicable a todas las facultades y acciones, no hay más remedio que concluir que aquellos que cumplieron un año desde la emancipación siendo mayores de catorce años o los veinte años –o los dos años desde la fecha de emancipación– durante el estado de alarma, dispusieron de ochenta y tres días –la duración de la suspensión por el estado de alarma– adicionales a contar desde el 5 de junio de 2020 para ejercitar la opción por la vecindad o la nacionalidad.

Por último, cabe inquirirse por si la suspensión afecta a los plazos de caducidad convencionales, esto es, los pactos mediante los cuales las partes han acordado que determinada facultad solo puede ejercitarse dentro de un determinado plazo perentorio. La doctrina española ha admitido estos pactos, que han alcanzado reconocimiento legislativo en el art. 122-4 CCCat. A la vista de que el RD 463/2020 no traza ninguna distinción, cabría concluir que sí resultan afectados como cualquier otro plazo de prescripción y caducidad. Sin embargo, se ha dicho que aplicar una causa de suspensión general implica una interferencia injustificada con la libertad

et al., *Elementos de derecho civil I. Parte general*, vol. III, 3ª ed. revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría, Dykinson, Madrid, 2005, p. 847. Esta opinión parece que se mantiene en la propuesta de regulación de la prescripción y la caducidad elaborada por la Comisión General de Codificación, pues, a tenor de su art. 1974, «Cuando un derecho haya de extinguirse por el transcurso de un plazo que sea de caducidad no se aplicarán las reglas de interrupción de la prescripción ni las relativas a la suspensión».

(22) La doctrina entendía que este plazo de caducidad «ni se suspende, ni se interrumpe, ni revive» (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código civil*, 3ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2009, p. 127) o que se trata de un plazo «fatal» (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., art. 20, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 116).

(23) Aunque el precepto no lo indica expresamente, hay que entender que se trata de un plazo de caducidad: GALICIA AIZPURÚA, G., art. 14, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios al Código civil*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 371.

contractual, salvo que se trate de un verdadero supuesto de fuerza mayor. (24) De nuevo, hay que conceder que el legislador ha despejado muy pocas incógnitas de las muchas que, probablemente de manera inconsciente, ha generado.

V. ¿SUSPENSIÓN DEL TRANSCURSO DE LOS PLAZOS DE USUCAPIÓN?

La Ley de 1 de abril de 1939 establecía que «se suspenden los plazos para la prescripción adquisitiva y extintiva de derechos y acciones, sean de índole civil o mercantil». Por lo tanto, la suspensión del transcurso de los plazos no se constreñía a la prescripción extintiva, sino que alcanzaba, también, a la usucapión. Ello tenía su lógica en un sistema que todavía distingue la usucapión entre presentes y entre ausentes, con plazos más breves en el primer caso –aunque ciertamente pensados, por su longitud, para una sociedad en que los desplazamientos no eran tan sencillos como lo son hoy–. Presencia y ausencia son conceptos meramente fácticos, no jurídicos (25).

De entrada, hay dos razones para negar que la suspensión del transcurso de los plazos comprenda a la usucapión:

a) En primer lugar, que el RD 463/2020 se refiere a la prescripción y a la caducidad únicamente, sin mencionar a la usucapión, y ambas se refieren al efecto del transcurso del tiempo en las pretensiones y el ejercicio de acciones y derechos, no en la adquisición de derechos reales.

b) En segundo lugar, el precedente de la Ley de 1 de abril de 1939, que sí contemplaba de forma expresa a la usucapión.

La contundencia de estos argumentos no obsta a que la situación no merezca ser criticada por la distinción entre presencia y ausencia en un estado de alarma que, bajo el RD 463/2020, implicó el confinamiento domiciliario, y que, bajo el

(24) BUSTO LAGO, J. M., «¿Se suspenden también los plazos de caducidad convencionales?», (2020) *Revista CESCO* http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/7._JOSE_MANUEL_BUSTO_LAGO_-_Se_suspenden_tambien_los_plazos_de_caducidad_convencionales.pdf (último acceso 31.3.2021): «La no extensión de la norma general de suspensión de los plazos de caducidad durante el estado de alarma a los supuestos de caducidad convencional se sustenta en que ante una situación de silencio de la norma respecto de estos plazos de caducidad, al establecer una quiebra de una regla general en virtud de una norma de Derecho excepcional, debe interpretarse de manera restrictiva en cuanto a la determinación de su ámbito objetivo de aplicación (ex art. 4.2 CC). Evidente resulta que mantener la interpretación extensiva de la norma que nos ocupa supone introducir una quiebra al régimen general de la caducidad: su carácter no interrumpible (...). En cualquier caso, aun admitiendo esta limitación de la extensión de la suspensión de los plazos de caducidad que conlleva la exclusión de los plazos convencionales de caducidad, es necesario tomar en consideración aquellos supuestos en los que el ejercicio tempestivo del derecho sometido a un plazo de esta naturaleza no haya sido posible por causa de fuerza mayor, en cuyo caso no deber operar la caducidad como causa de extinción del derecho en perjuicio de su titular activo».

(25) LUNA SERRANO, A., art. 1957, en Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1991, p. 2141; YZQUIERDO TOLSADA, M., art. 1957 y 1958, en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dir.), *Código civil comentado*, vol. IV, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 1608. De acuerdo con los antecedentes históricos, ausente era quien residía fuera de la provincia, según relata SANCINENA ASURMENDI, C., *La usucapión inmobiliaria*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 54.

RD 926/2020, ha dado lugar a abundantes y largos confinamientos perimetrales, que pueden haber impedido realizar actos de dominio contrarios a la posesión *ad usucapionem*. Es cierto que los plazos son, como se ha dicho, largos, incluso para la usucapición entre presentes, pero no es menos cierto que hay pacientes de COVID-19 que deben permanecer ingresados incluso varios meses en la UCI. Por otro lado, puesto que el art. 1958 CC considera ausente a quien reside en el extranjero, no puede olvidarse las restricciones que se han impuesto a viajeros procedentes de países con especial incidencia de la pandemia y, en general, las restricciones al tráfico aéreo.

El Código civil de Cataluña, que no distingue entre presentes y ausentes, regula la suspensión del transcurso de los plazos para usucapir, pero en este caso, a diferencia de la prescripción extintiva, no recoge como causa la fuerza mayor. La letra a) del apartado 1 del art. 531-26 establece la suspensión contra las personas que no pueden actuar por sí mismas o mediante representante, mientras se mantiene tal situación. Este precepto se ha entendido que se refiere a las personas carentes de capacidad de obrar (26), por lo que no proporciona ninguna solución al caso que se analiza de la pandemia (27).

Por consiguiente, el transcurso de los plazos de usucapición no se ha visto comprometido ni por la suspensión general ni por la afectación personal que hayan sufrido las personas contagiadas de COVID-19, pues no se concibe a la fuerza mayor como causa de suspensión en este supuesto. Es cierto que los plazos de usucapición son largos, pero no deja de sorprender que la suspensión de los plazos prescriptivos haya sido general y, por lo tanto, también, por ejemplo, para la acción hipotecaria que mantiene el privilegio de prescribir a los veinte años (art. 1964.1 CC), mucho más largo que algunos de los plazos para usucapir. Otro aspecto, pues, que el legislador no ha querido o sabido regular.

VI. CONCLUSIONES

El legislador español del primer estado de alarma buscó un parche de urgencia ante una situación desconocida en las últimas décadas como un confinamiento domiciliario como único remedio de contención de la pandemia, ordenando la suspensión del transcurso de los plazos para evitar una prescripción extintiva o una caducidad causadas no por la dejadez del titular de la pretensión, la acción o el derecho, sino por la imposibilidad de ejercitarlos. El parche ha sido insuficiente y puede haber conducido a resultados inicuos, aún más cuando en el segundo estado de alarma no se ha adoptado una medida semejante. Las previsiones más agoreras

(26) ESPIAU ESPIAU, S., art. 521-26, en Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña, *Derechos reales. Comentarios al Libro V del Código civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 391; DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, 6ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018, p. 98.

(27) Por el contrario, en la propuesta de la Comisión General de Codificación sobre la Reforma de la prescripción y la caducidad, el art. 1932, que se ha tratado *supra* en la nota 6, se encuentra en sede de disposiciones generales y, por tanto, resultaría aplicable tanto a la prescripción extintiva como a la usucapición. En cambio, la propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores no Derecho civil no contempla la suspensión del transcurso de los plazos de usucapición.

aventuran nuevas pandemias en un futuro no lejano, que habrá que aprender a sobrellevar. La experiencia que se ha adquirido debería representar un acicate para abordar una modernización del derecho de la prescripción y la caducidad en el conjunto del Estado, pues solo Cataluña dispone de una legislación que ya contempla la suspensión por causa de fuerza mayor. Si se acometiera tal reforma, se evitaría tener que aplicar nuevos parches y permitiría obviar que un nuevo estado de alarma conllevara confinamiento domiciliario, perimetral o de otro tipo. También se ha puesto de manifiesto que la suspensión del transcurso de los plazos con carácter general no tiene en cuenta la diversidad de supuestos legales, en particular aquellos de caducidad que no se liga al transcurso de un plazo sino al advenimiento de una fecha cierta, como sucede en determinados casos de adquisición de vecindad civil y de nacionalidad española. Igualmente debe valorarse si los supuestos de fuerza mayor deben introducirse como causa de suspensión de los plazos de usucapión, por lo menos mientras se mantengan plazos distintos para la usucapión entre presentes y entre ausentes.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M., *Derecho civil I*, 18ª ed. puesta al día de legislación y jurisprudencia por S. Díaz Alabart, Edisofer, Madrid, 2009.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «art. 20», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 115-116.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código civil*, 3ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2009, p. 125-127.
- BUSTO LAGO, J. M., «¿Se suspenden también los plazos de caducidad convencionales?», (2020) *Revista CESCO* http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/7._JOSE_MANUEL_BUSTO_LAGO_-_Se_suspenden_tambien_los_plazos_de_caducidad_convencionales.pdf.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «De nuevo, los plazos ante el COVID-19: o del elogio a la locura», *El Notario del Siglo XXI*, mayo-agosto 2020.
- DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil*, vol. I, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., «La prescripción en los PECL y en el DCFR», *InDret*, 2009/3.
- ESPIAU ESPIAU, S., «art. 531-26», en Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña, *Derechos reales. Comentarios al Libro V del Código civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 388-395.
- FERRER RIBA, J., art. 121-3, en LAMARCA MARQUÈS, A., VAQUER ALOY, A. (coord.), *Comentari al llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 350-366.
- GALICIA AIZPURÚA, G., «art. 14», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Comentarios al Código civil*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 369-372.
- JEREZ DELGADO, C. (coord.), *Principios, definiciones y reglas de un derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, BOE, Madrid, 2015.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., et al, *Elementos de derecho civil I. Parte general*, vol. III, 3ª ed. revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría, Dykinson, Madrid, 2005.

- LAMARCA MARQUÈS, A., «Els efectes jurídics del temps. Prescripció i caducitat», en VAQUER ALOY, A. (coord.), *Dret civil. Part general i dret de la persona*, 4ª ed., Atelier, Barcelona, 2020, pp. 115-138.
- LUNA SERRANO, A., «art. 1957», en Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1991, pp. 2140-2143.
- NASARRE AZNAR, S., «art. 122-3», en LAMARCA MARQUÈS, A., VAQUER ALOY, A. (coord.), *Comentari al llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 659-670.
- DEL OLMO, P., «Silencio, la prescripción duerme», Almacén de Derecho <https://almacenederecho.org/silencio-la-prescripcion-duerme>.
- DEL OLMO GARCÍA, P., «La suspensión de la prescripción liberatoria: fragmentos de tradición y algunas dudas», en *La prescripción extintiva. XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 329-407
- DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, 6ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., «¿Apreciación de oficio de la caducidad en todo caso? Necesidad de un régimen diferente para las relaciones jurídicas e intereses disponibles», *RDP*, 2001, pp. 465-504.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La suspensión de la prescripción en el Código civil español*, Dykinson, Madrid, 2002.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Primera valoración de la regulación de la prescripción y la caducidad en el Código civil de Cataluña», *RCDI*, 2003, pp. 2099-2167.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C., *La usucapión inmobiliaria*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- VAQUER ALOY, A., «La suspensión de la prescripción en el derecho civil catalán: ¿un modelo para la reforma del Código civil?», en GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (coord.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, II, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 4955-4974.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., «art. 1957 y 1958», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dir.), *Código civil comentado*, vol. IV, Civitas, Cizur Menor, 2011.
- ZIMMERMANN, R., *The New German Law of Obligations*, OUP, Oxford, 2005.
- ZIMMERMANN, R., «La nova regulació de la prescripció en el dret alemany. Un model per a europa?», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 2, 2003, p. 111-153.

LA COVID-19 Y SU IMPACTO EN LAS NORMAS DE CONTRATACIÓN CON CONSUMIDORES

M.^a Paz GARCÍA RUBIO*

Resumen

Este trabajo trata de mostrar el impacto que la crisis de la COVID-19 ha producido en el ámbito de los contratos con consumidores. Para ello se destaca la publicación de una normativa excepcional de emergencia que, también en el aspecto contractual, ha pretendido atender, no al consumidor, sino a las personas y empresas más vulnerables. Se muestra también la dependencia del Derecho de consumo estatal respecto del creado en la Unión Europea, destacando que este último no es lo suficientemente ágil y flexible para responder a una catástrofe de la magnitud de la pandemia. Finalmente se expone cómo la experiencia de estos meses y los retos que en el futuro inmediato se presentan hacen prever un nuevo Derecho de los consumidores en el que, a juicio de la autora, será necesario hacer múltiples diferenciaciones.

Abstract

This paper shows the impact of the COVID-19 crisis in the field of consumer contracts. It points out the exceptional emergency regulations which have sought to attend, not to the consumer, but the most vulnerable people and companies, also in the contractual aspect. It then shows the dependency of national Consumer Law on that created in the European Union, highlighting that the latter is not sufficiently agile and flexible to respond to a catastrophe of the magnitude of the pandemic. Finally, it shows how the experience of the last few months and the challenges that lie ahead in the immediate future make it possible to foresee a new Consumer Law in which, in the author's opinion, multiple differentiations will need to be done.

Palabras clave

Pandemia COVID-19, contratos de consumo, legislación de emergencia, derecho de la Unión Europea, consumidor vulnerable.

* Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Santiago de Compostela.

Keywords

Pandemic COVID-19, consumer contracts, emergency legislation, EU law, the vulnerable consumer.

SUMARIO. I. Los efectos tempranos de la COVID en las normas sobre contratos con consumidores. II. Problemas y contradicciones planteados por la pandemia en el seno del Derecho de consumo. III. Normas dictadas en tiempos de pandemia que afectan a los contratos con consumidores. 1. La normativa de emergencia. 2. La consagración legislativa de la persona consumidora vulnerable y el reconocimiento de la necesidad de distinguir. IV. Algunas reflexiones sobre el diagnóstico de la situación actual y la prospectiva. 1. Diagnóstico. 2. Modesto intento de prospectiva. V. Bibliografía.

I. LOS EFECTOS TEMPRANOS DE LA COVID EN LAS NORMAS SOBRE CONTRATOS CON CONSUMIDORES

Tras más de un año de pandemia, parece una obviedad aludir otra vez al enorme impacto que la crisis sanitaria, social y económica causada por la COVID-19 ha producido en el mundo del Derecho; huelga, asimismo, destacar que ese impacto está siendo especialmente intenso en el Derecho de contratos (1), afectando también de modo inevitable a los contratos con consumidores.

Es justo reconocer que la repercusión no está siendo menor en otras ramas del Derecho en las que pueden enmarcarse los aspectos no contractuales del Derecho de consumo, como las normas de Derecho público destinadas a salvaguardar sus derechos sustantivos (salud, seguridad, legítimos intereses económicos, no discriminación (2)) o instrumentales (información, educación, defensa de sus intereses, asociaciones de consumidores, etc.). Tampoco se pueden omitir las secuelas de la crisis en las disposiciones sobre seguridad y responsabilidad por los productos, singularmente, los sanitarios, así como en las destinadas a establecer medidas preventivas destinadas a paliar los devastadores efectos de la enfermedad que nos asola. Otros serán, en su caso, quienes se ocupen de estos aspectos igualmente interesantes; mi cometido en este trabajo se limitará a dar algunos brochazos, probablemente poco refinados y con escasos

(1) GARCÍA RUBIO, M.^a P y VARELA CASTRO, I., «La COVID-19 y los contratos. Una visión desde la perspectiva española», *El consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del COVID 19*, a cura di L. Mezzasoma, V. Rizzo, G. Berti de Marinis e E. Llamas Pombo, Napoli, EDI, 2021. pp. 303-330.

(2) También los que pretende garantizar el calidoscópico Reglamento UE 2018/302, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloque geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes.

matices, sobre el aspecto que he destacado en el título: el impacto de la COVID-19 en la contratación con consumidores.

A estas alturas, es de sobra conocido que, en la mayor parte de los países, incluidos todos los de nuestro entorno cultural y jurídico, se ha publicado una normativa de emergencia (3), más o menos densa, destinada a paliar en lo posible los efectos negativos de la enfermedad con todas sus metáforas. En España, este conjunto de normas ha sido tan abundante como caótico, por lo que me limito a señalar aquí las más relevantes en la materia sobre la que va a versar este trabajo y que son las siguientes (4): Real Decreto Ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19; Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19; Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19; Real Decreto Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo; Real Decreto Ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo y Real Decreto Ley 35/2020 de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria.

No se puede dejar de destacar que todas estas disposiciones están presididas por un doble interés: por un lado, el interés en proteger a las personas económicamente más vulnerables; por otro, la no menor necesidad de mantener en lo posible el tejido productivo. Sería demasiado prolijo detenerme ahora en el examen exhaustivo de todo su contenido, pero sí quiero dejar constancia de que, en general, en todos los países y, singularmente, en el caso español las normas de emergencia se han ido dictando de modo un tanto desordenado y con una visión muy a corto plazo, por lo que no sorprende que muchas de ellas estén resultando escasamente eficaces. Intuyo que una crisis de las dimensiones de la que nos asola hubiera exigido y exige mucho más de todos nosotros, comenzando, evidentemente, por las autoridades públicas que tienen la competencia para dictar normas jurídicas que a todos nos vinculan.

Por lo que a este trabajo se refiere, comenzaré subrayando que, en el caso de las españolas, cuando estas normas de emergencia han tenido repercusión en los contratos entre empresarios y consumidores no ha sido porque en su creación se haya atendido a la categoría de «consumidor» en su sentido más estricto (5), sino que se

(3) Denominación que introdujo en el ámbito español. GREGORACI, B., «El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español», *ADC*, t. LXXIII, 2020, fasc. II, pp. 455-490, espec. p. 459.

(4) Todas ellas se aprobaron inicialmente como Reales Decretos Ley los cuales, como es sabido, son normas con rango de ley dictadas por el ejecutivo, y reservados en el artículo 86 CE para casos de extraordinaria y urgente necesidad, que requieren la aprobación *ex post* por parte del poder legislativo.

(5) Con ligeras variantes, en las Directivas y Reglamentos europeos se define el consumidor como «toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional»; por su parte, según el artículo 3.1 TRLGDCU, en el régimen general español, lo serán «las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión», a lo que añade el artículo 3.2 del mismo texto legal «Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial». Sobre las principales carencias y problemas suscitados por ambos conceptos legales, CÁMARA LAPUENTE, S., «El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos», *Cuadernos de Dere-*

han dirigido a un espectro más amplio, cual es el de personas o actividades vulnerables. Se trata, a mi juicio, de una opción perfectamente explicable en el contexto en el que estas disposiciones se enmarcan, ya que los «consumidores» como categoría en sentido jurídico e, incluso, en una concepción más amplia que los contemple con un matiz puramente económico, ni han sido los únicos afectados por la crisis ni probablemente los más perjudicados por ella.

Caben pocas dudas sobre quienes han sido los más afectados: por un lado, las personas –consumidoras o no– más vulnerables económicamente, por desempleo o por sus escasos ingresos, recortados todavía más en la actual tesitura; y por otro, los autónomos, pequeños empresarios y profesionales, cuya actividad se ha visto mermada drásticamente, cuando no definitivamente extinguida porque han tenido que echar el cierre. Precisamente por esto ambas categorías han sido, o deberían haber sido y continuar siéndolo, los sujetos merecedores de la protección reforzada que solo puede otorgar el legislador.

II. PROBLEMAS Y CONTRADICCIONES PLANTEADOS POR LA PANDEMIA EN EL SENO DEL DERECHO DE CONSUMO

Lo cierto es que los dos intereses que se han puesto de manifiesto, la necesidad de proteger a las personas económicamente más vulnerables, por un lado, y la de mantener en lo posible el tejido productivo, por otro, provocaron desde el primer momento problemas de coordinación con lo que convencionalmente llamaré el Derecho de consumo tradicional. Entiendo que dos fueron las razones fundamentales para que se presentasen esas disonancias.

La primera de las razones deriva de que el Derecho de consumo es un sector del ordenamiento que se crea y desarrolla por la necesidad de equilibrar una relación, la del consumidor con el empresario, que es en sí misma asimétrica; bajo esa perspectiva, sus normas se idearon, en realidad y particularmente en el caso de las relativas a los contratos, como reglas de protección de los consumidores en su consideración de parte débil de la relación frente a la otra parte, el empresario, quien sería el elemento fuerte de la relación jurídica y económica a la que el contrato daba cauce; son los contratos que se han venido denominando en el ámbito del Derecho europeo, contratos B2C.

Sin embargo, en las delicadas circunstancias actuales, esta presunta fortaleza del empresario está siendo más que cuestionada. Ningún lector dudará que la pandemia ha afectado de manera muy importante a los empresarios, sobre todo a los autónomos, a las microempresas y a las pequeñas y medianas empresas, de modo que es bastante arriesgado considerar que siguen siendo partes fuertes en sus relaciones contractuales, incluidas las que mantienen con sus clientes o consumidores. Con ello no quiero decir, ni mucho menos, que los consumidores hayan pasado a ser la parte fuerte de una relación jurídica que debería ahora reequilibrarse en sen-

cho Transnacional (Marzo 2011), Vol. 3, n.º 1, pp. 84-117; y con vistas a su aplicación en el ámbito de las condiciones generales de la contratación, PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas en los Contratos con Consumidores*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2017, pp. 214 y ss.

tido inverso, pero me parece que sí nos obliga a volver a calibrar la balanza con la que la habíamos pesado y constatado aquel viejo desequilibrio.

Mi postura es que la experiencia de los últimos meses ha dejado en evidencia que la visión tradicional de este sector normativo, el Derecho de consumo y, más en concreto, el destinado a regular la contratación con consumidores, debería ser de algún modo repensada y, con probabilidad rayana en la certeza, superada. Con propósito argumentativo, me pregunto si su configuración como un «Derecho de protección del consumidor», en el que el sujeto protegido se contempla como una categoría jurídica homogénea, la de quien actúa en el mercado de bienes y servicios con un propósito no profesional, sin más atributos, no está quedando obsoleta. Planteo, asimismo, si no sería más adecuado entender esta disciplina buscando un fulcro más objetivo, algo así como un conjunto de reglas que regulan, fomentan y garantizan las muy heterogéneas relaciones de consumo, con respeto a los principios generales básicos de nuestro sistema político-económico y a derechos fundamentales de todos los ciudadanos. Al fin y al cabo, repitiendo una conocida frase, que no por manida deja de ser menos cierta, no podemos perder de vista que consumidores somos todos.

La segunda razón que puede explicar las discordancias apuntadas al inicio de este epígrafe deriva de la fuerte dependencia del Derecho de consumo español (como el de cualquier país de nuestro entorno) del Derecho de la Unión Europea. Admite poca discusión que la mayor parte de las normas estatales de consumo de carácter general (no me refiero ahora a la normativa de emergencia) se han enmarcado en leyes internas de trasposición de Directivas comunitarias, que antes eran de mínimos, pero que son cada vez más de armonización máxima o plena (6). A estas Directivas se suman algunos Reglamentos de aplicación directa en los Estados miembros (7). A todo ello se añade que los Estados están fuertemente vinculados por la interpretación que de las normas internas que implementan o desarrollan el Derecho de la Unión hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Con todas estas premisas, vuelvo a recordar que tanto las normas contractuales europeas como las nacionales que las siguen son disposiciones dirigidas a la protección de los con-

(6) Entre las más recientes, la Directiva (UE), 2019/770, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (en adelante, DCSD) y la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE (en adelante DCCB). En la primera de ellas se puede leer, «los Estados miembros no podrán mantener o introducir, en su Derecho nacional, disposiciones que se aparten de las establecidas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva» (artículo 4 DCSD); y en el Cdo. 11, al definir el nivel de armonización «plena», se dice que «en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, se prohíbe a los Estados miembros establecer ningún otro requisito formal o sustantivo. Así, por ejemplo, los Estados miembros no deben establecer normas sobre la inversión de la carga de la prueba que sean diferentes de las establecidas en la presente Directiva, ni tampoco imponer al consumidor la obligación de comunicar al empresario toda falta de conformidad dentro de un plazo determinado».

(7) Reglamento (UE) 2017/2394 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 2006/2004; o el ya citado Reglamento 2018/302 sobre bloqueo geográfico injustificado.

sumidores frente a los empresarios con los que contratan en una situación de mercado que nada tiene que ver con la que ha derivado de la pandemia.

En definitiva, creo que, debidamente cruzadas, las dos circunstancias que he tratado de resaltar, el desequilibrio que definía la relación entre el consumidor y el empresario, por una parte, y la dependencia de nuestro Derecho de consumo del dimanante de la Unión Europea, por otra, han provocado inconsistencias palmarias en la normativa española más reciente, acrecentadas, sin duda, por la crisis actual.

Al respecto, recuerdo que, al menos en su versión inicial, la mayor parte de las normas de emergencia han sido y son nacionales. Subrayo también que, en muchas de ellas, incluidas las relativas a los contratos de consumo en sentido lato (como los de viajes combinados, por poner un ejemplo bastante significativo), el objetivo, más o menos confesado, no era únicamente la protección de la parte consumidora, sino que además se trataba de mantener viva en lo posible la actividad económica del empresario. Como resultado, rápidamente se puso de manifiesto que algunas de esas normas de emergencia, dictadas para la situación de crisis, eran contrarias a ciertas Directivas europeas, concebidas en situación de «vieja normalidad», expresión que, aunque no sea de mi agrado, todo el mundo entiende hoy en día. Es bien conocido entre nosotros el caso del artículo 36 del citado Real Decreto Ley 11/2020, precepto que tuvo que ser modificado en dos ocasiones consecutivas (8), precisamente por esa visible contradicción, y sobre el que más adelante volveré.

Por otra parte, hay que reconocer que las instituciones europeas no han sido capaces de responder a la crisis provocada por la COVID-19 con la eficacia que su dimensión merecía, con toda seguridad porque los instrumentos tradicionalmente utilizados para crear el Derecho europeo de consumo no eran los más idóneos para un reclamo tan urgente como exigente; modificar una Directiva de consumo ya existente o crear una nueva *ad hoc* para esta situación de crisis supone un proceso complejo para el que se requiere de un tiempo de negociación que, en la situación que estamos atravesando, ni la Unión ni los Estados se puede permitir (9).

Es cierto que la Unión Europea no ha permanecido inmóvil ante la hecatombe social, económica y jurídica que se está produciendo en Europa y en el mundo como consecuencia de la COVID-19, pero igualmente lo es que su respuesta dista mucho de ser satisfactoria, al menos para solucionar los ingentes problemas que presentan las relaciones contractuales de consumo en este tiempo tan convulso.

Para calibrar la producción normativa de la Unión, recordaré que en las páginas oficiales de las instituciones europeas se han publicado numerosos materiales de información y consulta tendentes a resolver cuestiones y dudas que se plantean en algunas relaciones de consumo; así ha sucedido, por ejemplo, con los intentos de estafas o con otras prácticas fraudulentas producidos en la red, relativos a productos o servicios relacionadas con la enfermedad provocada por el virus.

(8) En concreto, en los ya citados Real Decreto Ley 15/2020 y 21/2020.

(9) Como ya puse de manifiesto en M^a. P. GARCÍA RUBIO, «Medidas en materia de contratos por el COVID-19 en España», *RDC*, vol. VII, n.º 2, 2020, pp. 15- 46, espec. pp. 44-45; también subrayan que la normativa de protección consumidor no está pensada para una situación de crisis como la de la COVID-19, RODRÍGUEZ ROSADO, B., y RUÍZ ARRANZ, A. I., «Consecuencias de la epidemia: reequilibrio contractual y COVID-19», en *Almacén de Derecho*, 16 de abril, 2020 (<https://almacendederecho.org/consecuencias-de-la-epidemia-reequilibrio-contractual-y-covid-19>)

Pero, sin duda, los dos actos de la Unión Europea más importantes, entre los elaborados hasta ahora en relación con el tema que nos ocupa son, por orden de aparición, la Recomendación (UE) 2020/648 de la Comisión de 13 de mayo de 2020, relativa a los bonos ofrecidos a los pasajeros y a los viajeros como alternativa al reembolso de viajes combinados y servicios de transporte cancelados en el contexto de la pandemia de la COVID-19 (10) y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, que lleva por título «Nueva Agenda del Consumidor. Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible» (11).

El primero, como se desprende de su título, es un acto *ad hoc* sobre la situación planteada por la pandemia en relación con los contratos de viaje combinado; justo es reconocer que, a pesar de su carácter de mera Recomendación, ha tenido el efecto de modelar las normas nacionales dictadas en el escenario de excepcionalidad, las cuales se han ido adaptando a sus dictados.

Por lo que atañe al segundo, dirigido por la Comisión a las otras instituciones de la Unión y no a los Estados, aunque menciona la COVID-19 en varias ocasiones, lo cierto es que da toda la impresión de ser un documento que ya estaba muy elaborado y preparado con anterioridad a la llegada de la pandemia. Barrunto que su objetivo central estaba enfocado hacia otros asuntos que en la actualidad también son muy importantes para los consumidores europeos, pero que solo de manera indirecta pueden relacionarse con la crisis que nos asola. De hecho, gran parte del contenido de la Comunicación citada concierne a la transición ecológica y la transformación digital, a las que se ha añadido, parece que, por exigencias de última hora, la crisis económica y social provocada por la pandemia con el reclamo de sus peculiares necesidades (12). Huelga decir que tanto la transición ecológica como la transformación digital siguen siendo, con o sin COVID-19, de la máxima importancia para la Unión y para los Estados miembros; asimismo, a nadie se le oculta que pueden tener efectos conexos con la COVID-19, como sucede, por poner un ejemplo significativo, en relación con los productos sanitarios suministrados *on line*, tema en el que puede traerse de nuevo a colación el Reglamento UE 2018/302 sobre bloqueo geográfico injustificado.

III. NORMAS DICTADAS EN TIEMPOS DE PANDEMIA QUE AFECTAN A LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES

1. LA NORMATIVA DE EMERGENCIA

No voy a hacer un análisis pormenorizado de todas las disposiciones de la normativa nacional española de emergencia, contenida en los diferentes reales decretos ley que he citado más arriba, que pueda tener repercusión en los contratos con

(10) *DOUE* 14.05.2020

(11) Bruselas, 13.11.2020. COM 2020, 696 final.

(12) Conviene destacar que ya en la primera página de la Comunicación se hace mención a «la necesidad de garantizar una protección eficaz de los intereses de los consumidores, apoyando al mismo tiempo también a las empresas, especialmente a las microempresas y las pequeñas y medianas empresas»; la línea es la misma que la seguida por los legisladores estatales.

consumidores; esta labor ya ha sido realizada en bastantes trabajos y por muchos autores (13); pero sí me parece conveniente destacar algunas de las características fundamentales que se desprenden de esta normativa, así como de otras medidas de las autoridades dictadas con motivo de la pandemia. Señalo las siguientes:

A. Se trata de medidas excepcionales que, en su mayoría, fueron concebidas como provisionales y para tener vigencia por cortos periodos de tiempo, aunque lo cierto es que se han ido prorrogando a medida que se veía que la crisis continuaba.

B. Como ya he mencionado, se trata de medidas tomadas por el poder ejecutivo en ejercicio de su poder normativo, con uso y cierto abuso del recurso a la figura del real decreto ley, que han sido ratificadas *ex post* por el legislativo.

C. Son medidas heterogéneas, con escasa preocupación por el rigor técnico-jurídico y en las que se mezclan normas de muy distinta naturaleza.

D. Algunas de las medidas en el ámbito contractual que han sido más mediáticas no resultan, ni mucho menos, exclusivas de las relaciones entre empresarios y consumidores en sentido jurídico estricto. Así por ejemplo, las moratorias en los pagos de las rentas se han aplicado a los arrendamientos de vivienda con independencia del carácter profesional o no del arrendador (14), por lo que en su mayoría resultan aplicables tanto a una relación B2C como una C2C; por añadidura, estas medidas también se han previsto para su utilización en los arrendamientos de locales de negocio o industria (contratos B2B, en su mayoría) o en contratos de préstamo, tanto de consumo (contratos B2C), como en los hipotecarios, que a su vez pueden ser de vivienda (contratos B2C) como de otros inmuebles de destino empresarial (contratos B2B) (15).

E. Algunas de las medidas aparentemente más reclamadas, como la modificación contractual *ex post* de los contratos a causa del cambio de las circunstancias, prevista tras muchos tira y afloja en el art 1 del Real Decreto Ley 35/2020, de 22 de diciembre, se establecen solo para los contratos de arrendamiento de local de nego-

(13) Entre otros, y sin ánimo de exhaustividad, GARCÍA RUBIO, M^a. P., «Medidas en materia de contratos por el COVID-19...», *loc.cit.*, pp. 15- 46; GANUZA, J. J., y GÓMEZ POMAR, F. «Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso», *Indret*, 2.2020; MORALES MORENO, A. M., «El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución?», en *ADC*, t. LXXIII, fasc. II, 2020, pp. 447-454. B. GREGORACI, «El impacto del COVID-19...», *loc. cit.*, pp. 455-490; M^a P. GARCÍA RUBIO y I. VARELA CASTRO, «La COVID-19 y los contratos...», *loc. cit.* Pendiente de publicación.

(14) Aunque es cierto que se establecen algunas diferencias cuando el arrendador es un gran tenedor, figura definida en el artículo 4.1 del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, como «la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m²»; recupera el mismo concepto el artículo 1.1 del Real Decreto Ley 35/2020, de 22 de diciembre.

(15) En la Exposición de Motivos del Real-Decreto Ley 11/2020 de 31 de marzo, se puede leer: «La moratoria de la deuda hipotecaria del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, inicialmente prevista para la vivienda habitual de las personas físicas se extiende ahora a dos nuevos colectivos: el de los autónomos, empresarios y profesionales respecto de los inmuebles afectos a su actividad económica, de un lado, y a las personas físicas que tengan arrendados inmuebles por los que no perciban la renta arrendaticia en aplicación de las medidas en favor de los arrendatarios como consecuencia del estado de alarma. (...). Además, con el objetivo de asegurar que los ciudadanos no queden excluidos del sistema financiero al no poder hacer frente temporalmente a sus obligaciones financieras como consecuencia de la crisis sanitaria del COVID-19, de forma paralela a financiación hipotecaria de la vivienda, este real decreto-ley amplía el alcance de la moratoria a los créditos y préstamos no hipotecarios que mantengan las personas en situación de vulnerabilidad económica, incluyendo los créditos al consumo».

cio o industria y, por lo tanto, no se aplican a las relaciones con consumidores en el sentido jurídico del término.

F. Otras medidas, como las contempladas en el artículo 36 del Real Decreto Ley 11/2020, parecen destinadas a disciplinar las relaciones entre empresarios y consumidores, aunque estos hayan de entenderse más bien en sentido económico que jurídico, al menos en el caso de la norma relativa a los viajes. El precepto citado ha sido ya objeto de varios análisis doctrinales, en general, muy críticos con su contenido; además, en su aplicación práctica, ha conducido a algunos resultados absurdos, derivados probablemente de su mala comprensión, propiciada a su vez por su escasa calidad técnica.

Estas son *grosso modo* las características generales que aprecio en el conjunto de citada normativa. Por su especial relevancia en el ámbito de los contratos con consumidores me detendré brevemente en el contenido y vicisitudes del artículo 36 del Real Decreto Ley 11/2020.

Comenzaré por señalar, como ya he hecho en otro lugar, (16) que en ciertos contratos de consumo, como pueden ser los relativos a servicios en restauración (banquetes de boda, por ejemplo) gimnasios, peluquerías, centros de estética, de yoga, academias y otras instituciones de enseñanza o similares, en los que con frecuencia el consumidor había pagado ya total o parcialmente el servicio, la situación creada por la pandemia ha suscitado dos problemas fundamentales. El primero consiste en decidir si ha habido o no cumplimiento en los casos en los que se ha producido un cambio de la prestación por parte del deudor del servicio comprometido para adecuar este a las nuevas circunstancias; por ejemplo, utilizando la enseñanza *online* en lugar de la presencial inicialmente comprometida, cuando se trata de centros docentes privados (17). El segundo problema reside en determinar si, ante la imposibilidad total de cumplir por parte del empresario o profesional, el consumidor cuenta o no con todos los remedios del incumplimiento de los que dispondría en circunstancias normales, incluida la resolución del contrato con el consiguiente derecho a recuperar las cantidades pagadas por los servicios no recibidos.

A este segundo propósito responden los párrafos primero a tercero del ya citado artículo 36 del Real Decreto Ley 11/2020 (18), donde se contiene una serie de

(16) En el trabajo en coautoría, GARCÍA RUBIO, Mª P. y VARELA CASTRO, I., «La COVID-19 y los contratos...», *loc. cit.*, Pendiente de publicación.

(17) En la doctrina española, con carácter general, DÍEZ GARCÍA, H., «Y si el servicio contratado se sigue prestando o puede o debe seguir prestándose de forma online durante el estado de alarma, ¿se aplica el artículo 36 RD-ley 11/2020?», en *Cesco*, 28 de mayo de 2020.

(18) El párrafo primero fue modificado por la Disposición final décima, apartado 5, del ya citado Real Decreto Ley 15/2020 y vuelto a modificar posteriormente por la Disposición final quinta, apartado 1, del Real Decreto Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Conforme a este complejo precepto: 1. Si como consecuencia de las medidas adoptadas por las autoridades competentes durante la vigencia del estado de alarma o durante las fases de desescalada o nueva normalidad, los contratos suscritos por los consumidores y usuarios, ya sean de compraventa de bienes o de prestación de servicios, incluidos los de tracto sucesivo, resultasen de imposible cumplimiento, el consumidor y usuario tendrá derecho a resolver el contrato durante un plazo de 14 días desde la imposible ejecución del mismo siempre que se mantenga la vigencia de las medidas adoptadas que hayan motivado la imposibilidad de su cumplimiento. La pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes, sobre la base de la buena fe, una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato. Las propuestas de revisión podrán abarcar, entre otras, el ofrecimiento de bonos o vales sustitutorios al reembolso,

reglas que aparentemente consagran el derecho del consumidor a resolver el contrato en catorce días desde su imposible ejecución. Pero, en realidad, como detectó inmediatamente la doctrina, el precepto trata de que tal resolución no se produzca y de que las partes, consumidor y empresario, renegocien el acuerdo, de modo que la resolución sería la última *ratio* tras el transcurso de un plazo de sesenta días. Así considerado, pocas dudas caben acerca de que la norma empeora la situación del consumidor con respecto a su regulación básica (TRLGDCU) (19) en la que no establece tal plazo, por la sencilla razón de que, sin entrar a juzgar si es no justa en las actuales circunstancias, lo cierto es que como ya apunté, la pretensión fundamental de la disposición de emergencia es que las empresas afectadas no queden sin liquidez. Con todo, la lógica de protección del consumidor que tradicionalmente impregna las normas sobre los contratos con consumidores ha conducido a alguna interpretación que, a mi juicio, no solo es incompatible con el texto de esta norma, sino que además carece de justificación alguna en términos de reequilibrio de la relación contractual entre un empresario (normalmente pequeño) y un consumidor (20).

que en todo caso quedarán sometidos a la aceptación por parte del consumidor o usuario. A estos efectos, se entenderá que no cabe obtener propuesta de revisión que restaure la reciprocidad de intereses del contrato cuando haya transcurrido un periodo de 60 días desde la solicitud de resolución contractual por parte del consumidor o usuario sin que haya acuerdo entre las partes sobre la propuesta de revisión. 2. En los supuestos en los que el cumplimiento del contrato resulte imposible de acuerdo con el apartado anterior, el empresario estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor o usuario, salvo gastos incurridos debidamente desglosados y facilitados al consumidor, en la misma forma en que se realizó el pago en un plazo máximo de 14 días, salvo aceptación expresa de condiciones distintas por parte del consumidor y usuario. 3. Respecto de los contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo, la empresa prestadora de servicios podrá ofrecer opciones de recuperación del servicio a posteriori y solo si el consumidor no pudiera o no aceptara dicha recuperación entonces se procedería a la devolución de los importes ya abonados en la parte correspondiente al periodo del servicio no prestado por dicha causa o, bajo la aceptación del consumidor, a minorar la cuantía que resulte de las futuras cuotas a imputar por la prestación del servicio. Asimismo, la empresa prestadora de servicios se abstendrá de presentar a cobro nuevas mensualidades hasta que el servicio pueda prestarse con normalidad, sin que ello dé lugar a la rescisión del contrato, salvo por la voluntad de ambas partes.

(19) 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.

(20) Como muestra, cito la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid, de 12 de enero de 2021, que resuelve un caso en el que una mujer había encargado, en diciembre de 2019, un vestido de novia hecho a medida para utilizarlo en la boda que se iba a celebrar en agosto de 2020; en el momento del acuerdo la cliente pagó la mitad del importe del vestido, en abril comunicó a la empresa encargada de confeccionarlo que la boda probablemente no se iba a celebrar y en mayo confirmó la cancelación del evento, solicitando la cancelación del pedido y la devolución de lo pagado; el modisto contestó indicando que el vestido estaba terminado y listo para la entrega, por lo que solicitaba el pago de la cantidad debida; la cliente ofreció el pago de los gastos, pero no el importe restante del vestido. La resolución judicial hace un farragoso razonamiento en el que mezcla la cita, por un lado, del artículo 36 del Real Decreto Ley 11/2020 y, en particular, de su párrafo segundo, relativo a la resolución del contrato en caso de imposible cumplimiento a causa de la COVID, y por otro, del artículo 68 TRLGDCU, sobre el derecho de desistimiento del consumidor, previsto con carácter general en la normativa de consumo y que, como es bien sabido, no precisa de causa alguna. Con un razonamiento que no se sostiene y que incurre en varios errores de interpretación, la autoridad judicial considera que el citado artículo 36.2 de la normativa excepcional es una aplicación concreta del derecho de desistimiento del art. 68 de la ley general, añadiendo además que el contrato (entre el modisto y la cliente) era de imposible cumplimiento porque la ceremonia no podía celebrarse en las circunstancias existentes en el momento en que se celebró; la sentencia confunde así una situación de incumplimiento del contrato

El cuarto y último párrafo del mencionado artículo 36 del Real Decreto Ley 11/2020 se refiere a los contratos de viaje combinado y otros contratos turísticos (21). Similar en su planteamiento a otras normas de países como Portugal, Italia o Francia (22), este precepto previó la entrega al consumidor de un bono o vale por una cantidad igual al reembolso que le hubiera correspondido, para ser utilizado en un plazo que, en el caso de la norma española, es de un año desde la finalización de la vigencia del estado de alarma y de sus prórrogas. Se añadía que, una vez transcurrido el periodo de validez del bono sin haber sido utilizado, el consumidor podría solicitar el reembolso del pago realizado (23). Caben pocas dudas sobre que tales reglas están más pensadas para no descapitalizar a los empresarios turísticos que para proteger al consumidor. Conviene recordar que en la versión original del precepto el bono se imponía al consumidor y ni siquiera se contemplaba la eventualidad de que el turista o viajero necesitase el dinero de modo inmediato y para satisfacer necesidades esenciales, pues solo si los empresarios habían recibido el pago de los proveedores estaban obligados a devolver el dinero recibido de forma inmediata.

Todo ello implicaba la violación de normas dictadas en su día por la Unión Europea, lo que obligó al legislador de emergencia a una primera modificación del precepto en un sentido más favorable al consumidor. La posterior, ya citada en este trabajo, Recomendación (UE) 2020/648 relativa a los bonos ofrecidos a los pasaje-

que está en causa, que nunca se ha producido, con la imposibilidad de celebrar la boda en las condiciones que le hubieran gustado a la novia, lo cual nada tiene que ver con la actuación del otro contratante, encargado de confeccionar el vestido, quien ha cumplido su prestación escrupulosamente; como consecuencia del equívoco, le da enteramente la razón a la cliente incumplidora, obligando al profesional a quedarse con un vestido que con toda probabilidad no podrá revender por su carácter de traje a medida y, por si fuera poco, a devolver la parte del precio que ya había recibido.

(21) Conforme al artículo 36.4 del Real Decreto Ley 11/2020, modificado primero por el Real Decreto Ley 15/2020 y después por el Real Decreto Ley 21/2020: «4. En el supuesto de que se trate de contratos de viaje combinado, que hayan sido cancelados con motivo del COVID19, el organizador o, en su caso el minorista, podrán entregar al consumidor o usuario, previa aceptación por parte de este, un bono para ser utilizado dentro de un año desde la finalización de la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas, por una cuantía igual al reembolso que hubiera correspondido. Transcurrido el periodo de validez del bono sin haber sido utilizado, el consumidor podrá solicitar el reembolso completo de cualquier pago realizado que deberá abonarse, a más tardar, en 14 días. En cualquier caso, el eventual ofrecimiento de un bono sustitutorio temporal deberá contar con el suficiente respaldo financiero que garantice su ejecución».

(22) En mayo de 2020, la *Revista de Derecho civil* reunió en un número especial una serie de trabajos que analizan las principales normas que, con ocasión de la explosión de la crisis de la COVID-19, se habían adoptado para regular las relaciones contractuales civiles en España, Alemania, Austria, Francia, Italia, Portugal, Reino Unido, Rumanía, Suiza, Chile, Colombia y México. Cuenta también con un cuadro comparativo que facilita la confrontación de todas estas medidas y su contenido; todo ello disponible en <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/issue/view/45/showToc>

(23) Con motivo del nuevo estado de alarma que se establece por Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre y que se proroga hasta el 9 de mayo de 2021, tenemos que preguntarnos de nuevo qué sucede con este plazo de un año: si cabría considerar que no comenzará a correr hasta que finalice este segundo estado de alarma o si cabría entender que, al menos, se ha visto interrumpido durante su vigencia. Nada dice al respecto el citado Real Decreto 956/2020. Es bien sabido que durante este segundo estado de alarma se están volviendo a imponer limitaciones a la movilidad de los ciudadanos que, obviamente, impiden el uso del correspondiente bono de viaje; para mayor complicación, estas restricciones no se están aplicando de forma uniforme en todo el territorio nacional ni para todos los viajeros, siendo más favorable, si de viajar por nuestro país se trata, la situación del viajero procedente de otro país europeo que la de nuestros nacionales y residentes.

ros y a los viajeros como alternativa al reembolso de viajes combinados y servicios de transporte cancelados en el contexto de la pandemia de la COVID-19, condujo a una segunda modificación del precepto interno, que en la versión vigente ya requiere la previa aceptación del bono por parte del consumidor

2. LA CONSAGRACIÓN LEGISLATIVA DE LA PERSONA CONSUMIDORA VULNERABLE Y EL RECONOCIMIENTO DE LA NECESIDAD DE DISTINGUIR

Traigo ahora a colación el Real Decreto Ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica, resaltando que su enfoque y contenido difiere de la anterior legislación de emergencia, sencillamente porque no puede ser considerado como parte de este bloque normativo. Ello es así a pesar de que su Exposición de Motivos alude a que «la tutela de las personas consumidoras se ha hecho más acuciante tras el impacto social y económico que la pandemia de la COVID-19 ha tenido sobre las prácticas de consumo», pues no se puede decir en modo alguno que la parte principal de su contenido, esto es, la destinada a reformar el TRLGDCU, suponga una normativa ni excepcional ni de emergencia (24).

En realidad, el objeto central de este último Real Decreto Ley es la introducción en el régimen general del TRLGDCU de un nuevo concepto: el de «persona consumidora vulnerable» (25), añadiendo así al sujeto habitual de protección un calificativo que, a pesar de su uso creciente, es más fácil de intuir que de precisar (26). La definición que nos suministra ahora el legislador español pasa a formar parte del artículo 3 TRLGDCU, ahora rubricado «Conceptos de consumidor y usua-

(24) Sí lo son, por el contrario, algunas disposiciones concretas contenidas en él, en particular la recogida en la Disposición Final Primera de este Real Decreto Ley 1/2021, donde se modifica el apartado 1 del artículo 1 bis del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, con el objetivo de declarar la suspensión durante el estado de alarma del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para personas económicamente vulnerables sin alternativa habitacional en ciertos supuestos.

(25) Aunque la exposición de motivos del Real Decreto Ley 1/2021 dice que se incluye por primera vez en la normativa estatal de defensa de las personas consumidoras la figura de la persona consumidora vulnerable, lo cierto es que ya existen otras normas, de alcance sectorial pero igualmente estatales, que recogían la figura. de hecho, señala S. CÁMARA LAPUENTE, «El concepto legal de consumidor...», *loc. cit.*, p. 109, que el concepto de consumidor vulnerable se acogió ya en el art. 5.3 Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, transpuesta en su momento por el artículo 4.3 de la ley 29/2009; lo utiliza con profusión posteriormente la Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014, sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas, transpuesta al ordenamiento español por Real Decreto 164/2019, de 22 de marzo, por el que se establece un régimen gratuito de cuentas de pago básicas en beneficio de personas en situación de vulnerabilidad o con riesgo de exclusión financiera; puede confrontarse también el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica.

(26) Como dice REICH, N., “Vulnerable Consumers in EU Law”, *The Images of the Consumer in EU Law*, Leczykiewicz/ S. Weatherill, (Eds.), Oxford, Hart, 2016, pp. 139-158, espec. p. 139, vulnerabilidad es una noción que provoca simpatía, pero a la que le falta precisión. El autor señala también que en el ámbito europeo la noción de consumidor vulnerable se remonta a una Sentencia del Tribunal de Justicia de 1989, caso *Buet*.

rio y de persona consumidora vulnerable». En realidad, lo que se ha hecho es añadir a la definición de consumidor y usuario del párrafo primero un párrafo segundo conforme al cual: «Asimismo, a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad».

No voy a entrar aquí en el análisis detallado ni de este precepto (27), ni de los otros que se insertan en el TRLGDCU con el fin de establecer normas *ad hoc* para las personas consumidoras vulnerables (cf. artículos 8.2, 17.3, 18.2, 19.6, 20.2, 43 c), y 60.1). Pero sí tengo que señalar que, al menos de momento, la mayor parte de los preceptos que han sido modificados por en el Real Decreto Ley 1/2021, o bien tienen escaso contenido normativo o son, directamente, de aplicación práctica muy difícil o incluso imposible. Por poner un ejemplo, el artículo 19.6 TRLGDCU coloca en la misma situación a las políticas públicas que a las prácticas comerciales (privadas) orientadas a las personas vulnerables, imponiendo a ambas la «obligación de prever y remover, siempre que sea posible, la situación de vulnerabilidad, así como a paliar sus efectos». De alguna manera, me parece que en estas presuntas obligaciones planean los conceptos de «accesibilidad» y de «ajustes razonables», ambos propios del Derecho antidiscriminatorio que está en el origen de la idea de vulnerabilidad; me parece que se trata de expedientes técnicos que no pueden configurarse de igual modo cuando se dirigen a los poderes públicos que cuando lo hacen a los sujetos privados que actúen en el mercado, respecto de los cuales, entre otras cosas, deberá tomarse en consideración si su actuación se produce o no de conformidad con la buena fe contractual. En esta misma línea de establecimiento de obligaciones al empresario frente al consumidor vulnerable, no sé si los términos en los que se impone al primero la obligación precontractual de información a las personas consumidoras vulnerables, «en un formato fácilmente accesible, garantizando en su caso la asistencia necesaria, de forma que aseguren su adecuada comprensión y permitan la toma de decisiones óptimas para sus intereses», no van incluso más allá de la idea de «ajuste razonable» consagrada en el Derecho antidiscriminatorio, puesto que en este caso no se explicita el límite de que el ajuste suponga una «carga desproporcionada o excesiva», aunque es más que probable que deberá darse por sobreentendido.

Pero, sobre todo, creo que la propia noción de persona consumidora vulnerable pone de manifiesto que la crisis derivada de la COVID-19, e incluso la propia realidad económica que existía en los años inmediatamente anteriores, han convertido en insuficiente el concepto jurídico de consumidor que se ha venido utilizando

(27) Sobre el cual se puede ver, MARÍN LÓPEZ, M. J., «El concepto de consumidor vulnerable en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios», *Cesco*, 29 enero 2021; TRUJILLO VILLAMOR, E., «Reforma de la Ley de Consumidores: especial atención a los consumidores vulnerables», *Cesco*, 4 marzo 2021.

desde hace décadas en el Derecho europeo, en el español (28) y, en general, en todos los ordenamientos de nuestro entorno. Según mi parecer, esta insuficiencia obedece a un conjunto de razones, tanto subjetivas como objetivas, de las que aquí solo mencionaré algunas muy evidentes.

Desde el punto de vista subjetivo, ya he puesto de relieve que la noción de consumidor que se ha consolidado en nuestros ordenamientos excluye de sus normas protectoras a sectores económicamente muy relevantes, como pequeños profesionales, autónomos o pequeñas empresas, que también están muy necesitados de protección frente a las grandes y todopoderosas multinacionales u oligopolios, sobre todo, cuando se trata de productores o suministradores de bienes y servicios esenciales para nuestro entramado social.

Igualmente, he destacado que esa noción tradicional de consumidor tampoco ofrece suficiente tutela a quienes, entre los destinatarios de bienes y servicios, se hallan más desprotegidos social y económicamente, laguna que de alguna manera parece querer llenar la nueva categoría de la «persona consumidora vulnerable». Añado ahora que las recientes modalidades de contratación a través de las nuevas tecnologías han incrementado exponencialmente los intercambios de bienes y servicios entre dos particulares no profesionales (contratos C2C), lo que hace conveniente preguntarse si en todas las ocasiones este tipo de relaciones son tan equilibradas que no merecen la atención protectora del legislador ocupado del mercado europeo.

Desde la perspectiva objetiva, cada día resulta más evidente que el concepto jurídico de consumidor –sea el contenido en las normas de la Unión Europea que lo limitan a toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, sea el de nuestro TRLGDCU que lo extiende a las personas jurídicas– no se ajusta a las nuevas realidades económicas y comerciales. El ejemplo más claro es el comercio *online* de bienes y servicios y, todavía más si cabe, el de contenidos y servicios digitales. No me cabe duda de que en este ámbito podemos hablar de consumidor en sentido económico, pero lo cierto es que no siempre existe, o no siempre es relevante que exista, un consumidor en el sentido del término exigido en las normativas europea y española. Es más, cualquier lector convendrá conmigo en que en muchos de estos contratos no sabemos en realidad si la adquisición del bien, el servicio o el contenido es para uso profesional o para uso particular. La cuestión es si ello realmente importa; no veo, por ejemplo, que el hecho de que el *tonner* o la base de datos adquiridas a través de Internet por una profesora de universidad se destine al uso profesional o al uso particular cambie en nada el equilibrio jurídico y económico del contrato, a lo que cabe añadir, obviamente, que prácticas como el teletrabajo hacen cada vez más difícil la diferenciación entre una y u otra finalidad (29).

(28) Cf. nota nº5, aunque el concepto del ordenamiento español sea más extenso porque dos razones fundamentales, que pone de relieve CÁMARA LAPUENTE, S., «El concepto legal de consumidor...», *loc. cit.*, p. 88: la disparidad que supone admitir en el concepto legal de consumidor a las personas jurídicas y la más sutil –y desapercibida, pero importante– sustitución del pronombre «su» –en las Directivas– por el artículo indefinido «una» actividad empresarial o profesional.

(29) Este tipo de dudas se viene planteando hace mucho tiempo y no parece que las soluciones formuladas para los llamados actos mixtos hayan aclarado suficientemente la cuestión ¿Es o no es un contrato con un consumidor la compra de material informático por parte de la universidad para el uso de un profesor? ¿y el que se tiene que comprar el profesor para el mismo fin porque no hay crédito

Podríamos pensar en otras muchas razones que aconsejarían distinguir entre modelos o clases de consumidores; sin ir más lejos, el tipo de relación contractual entre las partes, que puede ser más o menos relacional, prolongada o intensa (30); o que puede exigir al consumidor un papel más o menos activo y, en consecuencia, un nivel u otro de diligencia en su propia actuación.

Como no puede ser de otro modo, la Unión Europea hace tiempo que es consciente de la necesidad de introducir matices en el concepto abstracto de consumidor. Así, por ejemplo, en este marco europeo ha emergido el estándar del «consumidor medio», creado por la jurisprudencia del Tribunal consolidada por la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores (31).

Desde otro punto de vista, la Unión Europea prescinde muchas veces en su disciplina «consumerista» del concepto de consumidor abstracto y uniforme, en sentido más típico, para poner el énfasis en el acto de consumo en sentido económico. Así sucede, por ejemplo, en la variopinta normativa relacionada con los viajes y el transporte aéreo de personas. No es ocioso preguntarse, entonces, si esta es la línea por la que ha de discurrir el futuro del Derecho de consumo.

IV. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL DIAGNÓSTICO DE LA SITUACIÓN ACTUAL Y LA PROSPECTIVA

1. DIAGNÓSTICO

La observación de lo que está sucediendo en tiempos de pandemia y de su repercusión en las relaciones contractuales de consumo me lleva a destacar algunas

público en la institución? ¿el portátil que usa en sus desplazamientos y que ahora tiene en casa, con el que ha dado sus clases *on line*, pero que es también el que usa habitualmente para su uso personal, no debe de gozar de las garantías de los bienes de consumo? ¿existe una razón sensata para que esto no sea así? ¿deja de ser un contrato de consumo el de compra de un ordenador para uso particular que en las circunstancias actuales se ha tenido que utilizar para trabajar? No parece que ante estas situaciones las respuestas jurisprudenciales sobre el uso mixto en los contratos con consumidores den una respuesta adecuada, como se desprende de los datos recogidos por CÁMARA LAPUENTE, S., «El concepto legal de consumidor ...», *loc. cit.*, pp. 111-113.

(30) Sobre el concepto de contrato relacional y los muchos matices que de la idea pueden derivarse, GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Modernización del contrato de servicios. Un análisis crítico del DCFR», *La Modernización de los Contratos de Servicios*, F.J. Infante Ruiz y F. Oliva Blázquez (dirs.) Amanda Kalil (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch. Pendiente de publicación.

(31) La misma Directiva 2005/29, que introdujo la figura del «consumidor vulnerable», consolidó también la del «consumidor medio» que había creado la jurisprudencia del TJUE, que no se refiere a la media estadísticamente hablando, sino a aquel que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, como nos recuerda, TOMÁS MARTÍNEZ, G., «La figura del consumidor medio: un estándar judicial europeo con reconocimiento legal», *Conceptos multidimensionales del Derecho*, M. P. García Rubio, J. J. Moreso, Reus, Madrid, 2020, pp. 693-716; la autora los considera verdaderos «estándares jurídicos», entendidos como unidades de medida del comportamiento humano o de la diligencia y en tal sentido dirigidos, sobre todo, al operador jurídico para ayudarle en su tarea.

ideas que apenas esbozaré en las líneas que siguen, pues su desarrollo necesitaría de mucho más espacio del que aquí dispongo.

Lo primero es señalar que, como consecuencia de la pandemia y de las medidas tomadas para atajarla, muchos contratos que se habían concluido antes del estallido de la crisis no se han podido cumplir en absoluto o, cuando menos, no se han podido cumplir en sus propios términos, lo que es tanto como decir que se han producido numerosos incumplimientos. Una buena parte de estos contratos incumplidos serán contratos celebrados con consumidores, siguiendo la pauta de contratación en masa; muchos de ellos tendrán escasa entidad económica considerados individualmente, pero su trascendencia no será, ni mucho menos, irrelevante contemplados en su totalidad. Es fácil constatar que el aludido incumplimiento se está produciendo desde ambas posiciones contractuales. A veces, es el consumidor quien no puede pagar porque su situación económica lastrada por la crisis no se lo permite, circunstancia que *a priori* no excluye su deber de cumplimiento. En otras ocasiones, es el empresario quien, a causa de la situación del mercado, o bien, no puede suministrar el bien o servicio pactado (imposibilidad sobrevenida por fuerza mayor) o tal vez puede hacerlo, pero a un coste ruinoso para su negocio (cambio de circunstancias) (32). Conviene apuntar que ninguna de estas dos figuras que acabo de mencionar resulta un expediente técnico totalmente satisfactorio para hacer frente a los múltiples incumplimientos provocados por la pandemia (33). Siendo realistas, ni estas dos, ni ninguno de los instrumentos técnicos usualmente utilizados para atender a los incumplimientos contractuales en Derecho patrimonial privado son herramientas idóneas para solventar el tsunami que ha provocado la pandemia mundial (34).

La segunda idea que quiero destacar es que la COVID-19 y las medidas de las autoridades dictadas para paliar sus efectos han cambiado las pautas o patrones de consumo, como claramente se desprende, por ejemplo, de algunos de los documentos europeos citados en las páginas precedentes. Entre otros cambios se aprecia un aumento de las compras a nivel local y, sobre todo, de las compras *online* de bienes tales como alimentos, productos sanitarios, como mascarillas o geles, así como las contrataciones de servicios, igualmente *online* en muchos casos, de hostelería, gimnasios o similares, centros docentes, o incluso servicios de salud, a los que se une el progresivo incremento de suministros de contenidos digitales. Ello plantea su propio bagaje de problemas, al que no sé si atienden bien las ya mencionadas Directivas 770/2019 y 771/2019 porque, pesar de ser relativamente recientes y de estar todavía pendientes de trasposición en nuestro Derecho, fueron concebidas y

(32) La diferencia entre imposibilidad y excesiva onerosidad no es nítida; más bien al contrario, como dicen BEALE, H., FAUVARQUE-COSSON, B., RUTGERS, J., y VOGENAUER, S., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 3ª ed., Hart, Oxford, 2019, p. 1172, sus límites fluidos, con zonas borrosas en las que es discutible si es una u otra la figura aplicable. Esto no quiere decir que ambas situaciones se confundan, pues si hay imposibilidad –absoluta o temporal– no se puede cumplir, aunque se quiera, mientras que si hay excesiva onerosidad se puede cumplir, pero a un coste insoportable derivado de la ruptura del equilibrio contractual.

(33) Como tratamos de explicar en GARCÍA RUBIO, Mª P. y VARELA CASTRO, I., «La COVID-19 y los contratos...», *loc. cit.* p. 313. Ya lo anticipó A. M. MORALES MORENO, «El efecto de la pandemia en los contratos ...», *loc. cit.*, p. 448.

(34) En similar sentido, CONSUMER LAW RESEARCH GROUP, “Consumer Law and Policy Relating to Change of Circumstances Due to the COVID-19 Pandemic”, *Journal of Consumer Policy* (2020) 43:437–450, espec. pp. 439-440.

aprobadas en tiempos anteriores a la explosión de la COVID-19 y sin la menor intuición sobre ella.

La tercera idea, ya destacada en el periodo anterior a la crisis por algunos autores (35), pero que me parece que adquiere mayor relevancia por las dificultades crecientes de los últimos meses, es la necesidad de asegurar a todas las personas el acceso a los bienes y servicios esenciales que garanticen una vida acorde con las exigencias de la dignidad humana. Esto conlleva, como es bien sabido desde hace tiempo, que las relaciones contractuales privadas destinadas al suministro de bienes como la vivienda o de servicios como el agua, la luz u otros de similar naturaleza, incluido el acceso a los créditos al consumo que sirven para satisfacer este tipo de necesidades, no pueden dejarse al albur exclusivo de las fuerzas del mercado; más bien al contrario, los poderes políticos, utilizando su competencia normativa, están obligados a garantizar un nivel adecuado de justicia social que, como mínimo, asegure aquel acceso.

La idea final expresada en este apartado, puesta ya de manifiesto por las autoridades europeas en estos últimos meses, como más arriba señalé, es la constatación, al menos en la fase inicial de la pandemia, de un aumento de los intentos de estafas y de prácticas ilícitas contrarias a los intereses de los consumidores, muchas de ellas también en la red. Se ha destacado también que, en este tipo de casos y en otros análogos, resulta imprescindible la colaboración entre las plataformas de Internet y las autoridades para hacer posibles actuaciones de carácter preventivo; también se apunta como esencial la información *ex ante* a los eventuales consumidores, para que estén especialmente alerta ante posibles prácticas fraudulentas. En todo caso, se trata de respuestas tal vez demasiado débiles.

2. MODESTO INTENTO DE PROSPECTIVA

Aunque no parece nada sencilla la tarea de hacer propuestas dirigidas a que las normas jurídicas relativas a las relaciones contractuales con consumidores ayuden a solventar los problemas provocados por las desastrosas consecuencias sociales y económicas de la pandemia, que ya ha cumplido el año cuando redacto estas pocas páginas, concluiré haciendo un intento de prospectiva, convencida de que todavía falta en el enfoque la distancia necesaria para que cualquier tentativa pueda ser mínimamente completa.

En primer lugar, por lo que ya he dicho en páginas antecedentes, me parece urgente la necesidad de redefinir la relación entre empresarios y consumidores atendiendo a nuevos parámetros. No creo que el uso, y mucho menos el uso exclusivo o quasi-exclusivo, para fines ajenos a la actividad empresarial, comercial o profesional, sea hoy en día el criterio que mejor defina a quienes en el mercado actual de bienes y servicios, incluidos los digitales, se hallan más necesitados de protección.

Mi opinión es que para afrontar los problemas apuntados han de buscarse soluciones flexibles en las que, de alguna manera, se contemple una nueva relación de

(35) Entre otros, FABRE-MAGNAN, M., “What’s is a Modern Law of Contracts? Elements for a New Manifesto for Social Justice in European Contract Law”, *ECRL*, 2017; 13 (4), pp. 376-388, espec., pp. 381 ss.

consumo o incluso un nuevo concepto de «consumidores» o de «personas consumidoras», en plural. El legislador no debe tratar a todos los consumidores como si fueran una categoría homogénea. Entenderá cualquiera que no es lo mismo una persona consumidora informada y empoderada, que incluso participa de modo activo en el mercado de los bienes y servicios en los que está interesada, por ejemplo, calificando positiva o negativamente a su proveedor y contribuyendo, con ello, a la imagen empresarial de este, que otra persona que, también como mero ejemplo, tiene una edad avanzada, vive en una zona rural, prácticamente sin redes de apoyo y que ha aprendido a comprar por Internet con muchas dificultades y de una forma muy básica. En este sentido «la protección sobre la protección» que informa la idea de persona consumidora vulnerable, incluida recientemente en el TRLGDC, no me parece desacertada; pero sí creo preciso darle contenido jurídico de verdad y no dejarlo en un bonito conjunto de declaraciones de intención con formato de norma jurídica que, a la postre, resulte ser solo una norma aparente.

Por otra parte, también considero que en la situación actual la relación de consumo no es la que era antes de la pandemia. Las circunstancias que se han puesto de manifiesto en páginas precedentes, que todos conocemos de primera mano, me llevan al convencimiento de que no debe tener el mismo tratamiento jurídico la relación de un consumidor con un pequeño empresario que a duras penas sobrevive en el mercado postpandémico, que la que pueda tener ese mismo consumidor con un gran proveedor de Internet, por ejemplo.

Se debe diferenciar, además, entre aquellos contratos que atañen a bienes y servicios esenciales para cualquier persona y aquellos que no tienen tal consideración, ya que los primeros precisan, con toda seguridad, de un mayor nivel de intervención normativa que asegure que todo el mundo tenga garantizado el acceso a ellos. Se dirá, con razón, que la dificultad está entonces en establecer cuáles son estos bienes y servicios esenciales, porque no me cabe ninguna duda de que la aludida esencialidad es uno más de los muchos conceptos que cambian a ritmo acelerado en nuestra sociedad. Sin duda, entre estos está la vivienda, el agua o la electricidad, pero no se pueden dejar de añadir algunos que hasta hace muy poco parecían referidos a artículos de lujo; entre otros, es más que probable que entre los esenciales haya que contar ya con los destinados a procurar el acceso a Internet.

Por lo tanto, está claro que el legislador del futuro próximo debería distinguir según la relación de consumo de que se trate. Desde un punto de vista subjetivo, las diferencias tendrán que hacerse pensando en la especial vulnerabilidad que pueda tener el consumidor, pero también en la que pueda predicarse del empresario⁽³⁶⁾. Desde la

(36) Lo que no tiene sentido a mi juicio es que se califique o no como consumidor a una persona en función del régimen económico matrimonial que rija su matrimonio, como, sin embargo, hace nuestro Tribunal Supremo, entre otras en la STS de 12 de noviembre de 2020 (STS 3631/2020 - ECLI: ES:TS:2020:3631), en relación con una cláusula de afianzamiento contenida en un contrato bancario, entendiéndose que el cónyuge fiador casado con el deudor principal en régimen de separación de bienes es consumidor, mientras que si está casado en el régimen de sociedad de gananciales no pueden recibir la protección que a tal categoría corresponde, porque responde de las deudas comunes y puede participar de los beneficios de la sociedad. Tampoco me parece acertada la argumentación que hace la sentencia citada sobre el carácter mercantil del asunto, ni sobre la interpretación de los artículos 6 a 12 del Código de Comercio, acerca de los cuales dice nada menos que «regulan el régimen económico del matrimonio en el que al menos uno de los cónyuges sea comerciante (empresario)», ni sobre el alcance de las presunciones de los artículos 7 y 8 de ese cuerpo legal. En todo caso, cuestiones suficientemen-

perspectiva objetiva deberá distinguir según se trate de un contrato cuyo objeto sea un bien o servicio (incluidos los servicios digitales) de consumo de naturaleza esencial, o de uno que recaiga sobre otro objeto que no merezca ser calificado como tal. Sin duda, tanto la vulnerabilidad como la esencialidad exigirán un mayor grado de intervención del titular del poder normativo que corresponda.

Además, en el momento en el que escribo estas páginas parece lógico proponer que, al igual que en el resto de los contratos, también en aquellos en los que están implicados consumidores se ha de hacer una nueva diferenciación entre los contratos afectados por la COVID-19 y celebrados antes de la pandemia y aquellos otros celebrados ya en tiempo de pandemia.

Respecto a los contratos celebrados antes de la pandemia, pero cuya ejecución se produce durante esta, me parece que lo más sensato es que se promocionen soluciones pactadas ante los conflictos surgidos como consecuencia del nuevo escenario y que solo como última *ratio* se permita acudir al expediente de la *rebus sic stantibus*. En las situaciones que podemos considerar ordinarias, en las que no haya habido abusos ni prácticas desleales o ilícitas, soy más partidaria de que se repartan los riesgos imprevistos causados por la crisis (*share the pain*), que de la protección incondicional de una parte, aunque esta sea el consumidor. Y ello por dos razones: la primera, porque el citado reparto cohonesta perfectamente con la idea de contrato como instrumento de cooperación entre las partes y no como mecanismo de contraposición de intereses y de partes egoístamente enfrentadas, más propio de otras épocas y circunstancias que de la que nos asola, en la que la solidaridad me parece un valor imprescindible; la segunda, porque creo que es la solución exigida por principio general de buena fe, sobre cuya importancia en un sistema como el español nadie puede dudar.

En este último sentido y con referencia, en concreto, a la situación creada por la COVID-19, se ha dicho que la buena fe sirve de fundamento tanto del deber del acreedor de mitigar el daño o de límite del ejercicio de ciertos derechos, como el de ejercitar las pretensiones de cumplimiento o de resolución (37), límites que, sin lugar a duda, pueden afectar a muchos consumidores a la hora de reclamar sus derechos. Pero, además, debe añadirse a las anteriores una función correctora que permite que la buena fe sea la fuente de creación de nuevas normas de conducta (artículo 1258 CC) y de enteros institutos jurídicos (38). Como hemos recordado en otro lugar (39), esta última función es de especial importancia en las difíciles circunstancias actuales, en la medida en que la buena fe puede actuar como germen de un deber de solidaridad entre las partes, deber que afecta tanto a consumidores como a empresarios y que repercute positivamente en el sistema contractual general (40). El objetivo sería el de lograr que las relaciones contractuales, incluidas las que afectan a los consumidores, se mantengan en la medida de

te complejas y alejadas del tema central de este trabajo para que me limite aquí a dejarlas simplemente apuntadas.

(37) GREGORACI, B., «El impacto del COVID-19...», *loc. cit.*, pp. 461-462, quien menciona también la buena fe como fundamento de la *rebus sic stantibus*.

(38) MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. M.ª, «Buena fe», en *Conceptos multidimensionales del Derecho*, García Rubio, M. P., y Moreso, J. J., Reus, Madrid, 2020, p. 242, citando a Wieacker.

(39) De nuevo en el trabajo conjunto, GARCÍA RUBIO, M.ª P. y VARELA CASTRO, I., «La COVID-19 y los contratos...», *loc. cit.* p. 308.

(40) La idea también se encuentra en CONSUMER LAW RESEARCH GROUP, “Consumer Law and Policy...”, *loc. cit.*, p. 440.

lo posible, modificándolas si es preciso a través de la renegociación de los términos del contrato (41).

Todo ello para salvar, también en la medida de lo posible, la particular relación contractual y, por extensión, la ya muy deteriorada actividad económica, (42) cuyo negativo impacto afecta a toda la sociedad (43).

Es cierto que también tienen cabida en estos contratos pactados antes de la crisis algunas soluciones de emergencia previstas *ad hoc* por el legislador, como es el caso de los vales o bonos previstos en materia de viajes a los que más arriba se aludió. Pero no lo es menos que estas figuras han de entenderse bajo la perspectiva de que ambas partes, por lo tanto también el consumidor, están obligadas a ejercitar sus derechos de conformidad con la buena fe, lo cual probablemente significa que el consumidor tampoco puede ejercitar sus derechos frente al empresario arruinado o francamente achuchado por la crisis, como si esta no existiera (44).

Por lo que atañe a aquellos contratos celebrados o a las relaciones jurídicas creadas ya en tiempo de pandemia, lo más conveniente sería que, al celebrar los acuerdos, las partes hiciesen su propia distribución de riesgos e incluso anticipen el modo de resolver sus eventuales disputas, teniendo en cuenta además que la aparición de controversias es más probable en situaciones conflictivas como la presente. Es cierto en que las relaciones de consumo que nos vienen ocupando, por más que extendamos su alcance, seguirá existiendo, en una u otra medida, una situación de desequilibrio de partida que afectará también al poder negociador de aquellas cláusulas destinadas a repartir los múltiples riesgos que pueden llegar a materializarse en el escenario actual. También lo es que en muchos de estos contratos el poder negociador de los consumidores puede ser muy pequeño o incluso nulo, por tratarse de contratos con condiciones generales impuestas por la otra parte (una entidad financiera, por ejemplo). Precisamente por ello, los actos de las autoridades y las normas que estas dicten han de buscar, por un lado, el empoderamiento de los consumidores para fortalecer su posición negociadora cuando la relación lo permita; por otro, deberán reforzar las herramientas destinadas a detectar y desterrar las posibles cláusulas generales abusivas (v. gr. completando la lista negra

(41) Entiende que la renegociación de los contratos se muestra como un instrumento especialmente idóneo para esta situación de crisis, como reconoce MORALES MORENO, A. M., «El efecto de la pandemia en los contratos...», *loc. cit.*, pp. 451-452.

(42) La solidaridad se menciona en el Principio n.º 13 ELI, aunque su significado concreto dista de ser evidente. Incluso en el Reino Unido, donde el recurso a la buena fe es absolutamente excepcional, la *Guidance on responsible contractual behaviour in the performance and enforcement of contracts impacted by the COVID-19 emergency*, alude al “responsible contractual behaviour” en el contexto de la pandemia, urgiendo a las partes a ser “responsible and fair” y actuar “in a spirit of cooperation” con la finalidad de “achieve practical, just and equitable contractual outcomes”. Y tal comportamiento, continúa la *Guidance*, se espera, por ejemplo, cuando una parte solicite, entre otras cosas, plazos excepcionales para cumplir o pretenda utilizar o reciba peticiones por la *force majeure*, *frustration*, modificaciones legislativas u otro tipo de demandas.

(43) En CONSUMER LAW RESEARCH GROUP, “Consumer Law and Policy...”, *loc. cit.*, p. 441, se recurren a la fórmula “societal force majeure”, con el que quieren expresar que no solo los consumidores han sufrido las negativas consecuencias de la pandemia, sino también los empresarios, buena parte de los cuales encuentran con inesperadas dificultades financieras.

(44) Sobre las posibles alternativas que podría tener un consumidor cooperativo ante la cancelación o retraso sustancial de la prestación de servicios previamente pagados, y su derecho a la restitución de los pagos o, dependiendo de situaciones diversas, la aceptación y posterior utilización de bonos o vales, CONSUMER LAW RESEARCH GROUP, “Consumer Law and Policy...”, *loc. cit.*, pp. 444-446.

contenida en el TRLGDCU, si fuera necesario a raíz de nuevas prácticas postpandemia); finalmente, deberán promover respuestas preventivas o *ex ante* que se anticipen a los conflictos y traten de evitarlos, de modo que los remedios curativos o *ex post* queden reservados para casos residuales. Se insiste en esta última idea en el Comunicación de la Comisión Europea que he mencionada varias veces en este trabajo, a la que debería atender cuanto antes el legislador español. En esta línea, entre las respuestas preventivas que pueden venir de las autoridades públicas cabe citar la dirigidas a la formación de los consumidores en pautas de consumo seguras, en habilidades digitales y en medidas de apoyo y ajustes razonables que permitan el empoderamiento de los consumidores más vulnerables, como los ancianos, las personas con discapacidad o las personas con grandes dificultades económicas (45).

En este mismo marco contractual contemporáneo a la pandemia y en el plano de las relaciones estrictamente privadas, creo que las medidas a las que debe dar cauce el legislador, con los instrumentos técnicos que considere más adecuados para los fines propuestos, podrían ser, entre otras, las siguientes: imposición a los suministradores de bienes y servicios de obligaciones de información precontractual clara, comprensible, transparente y fácilmente accesible, incluyendo los ajustes necesarios para las personas vulnerables; diseño del contrato tipificado en la ley como vehículo de cooperación y no como arma de combate entre dos partes enfrentadas, lo que incluye la toma en consideración de las necesidades y los intereses de diferentes categorías de consumidores, pero también de los empresarios más vulnerables, como son las pequeñas y medianas empresas y los autónomos; finalmente, por lo que atañe al Derecho español, me parece imprescindible la reforma de la disciplina general de los contratos contenida en el Código civil, que a día de hoy sigue anquilosada en los problemas de la sociedad decimonónica y cuya adaptación a las exigencias de nuestros días es, a raíz de la crisis de la COVID-19, probablemente más acuciante que nunca.

Por último, señalaré que la apuntada necesidad de establecer diferencias en las relaciones contractuales de consumo no es obstáculo para que sigan existiendo muchos problemas comunes o muy generalizables a todas ellas. Para dar respuestas a los que se hayan ya manifestado, se deben buscar vías flexibles que encaucen su solución y que sirvan, con el menor coste personal y patrimonial posible, a muchos sujetos, a cuantos más mejor. Con este fin se debe insistir tanto en el fomento de procedimientos formales e informales de resolución de conflictos que eviten el recurso masivo a los tribunales, como en el diseño certero de mecanismos de resolución de alcance colectivo, incluida una buena regulación de verdaderas acciones colectivas, sin descartar otros instrumentos (46). La Unión Europea parece dispuesta a incentivar este tipo de mecanismos, como se constata en la reiterada Comunicación de la Comisión y, muy especialmente, en la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE. España debe seguir la misma senda y debe hacerlo, sin duda, más

(45) Para REICH, N., “Vulnerable Consumers...”, *loc. cit.*, pp. 141 y ss., son tres los tipos de vulnerabilidad que pueden afectar a los consumidores, la discapacidad física, la discapacidad intelectual y, lo que el autor denomina, la discapacidad económica.

(46) Mencionan el fomento de negociaciones colectivas para sectores concretos, monitorizados por un COVID-mediador nombrado por el Ministerio de Comercio respectivo, CONSUMER LAW RESEARCH GROUP, “Consumer Law and Policy...”, *loc. cit.*, p. 447.

temprano que tarde, pues nuestra situación económica y nuestro mercado no parecen en condiciones de aguantar un largo periodo de espera.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BEALE, H., FAUVARQUE-COSSON, B., RUTGERS, J., & VOGENAUER, S., “Cases, Materials and Text on Contract Law”, 3ª ed., *Hart*, Oxford, 2019, pp. 1172.
- CÁMARA LAPUENTE, S., «El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 3, n.º 1, 2011, pp. 84-117.
- CONSUMER LAW RESEARCH GROUP, “Consumer Law and Policy Relating to Change of Circumstances Due to the COVID-19 Pandemic”, *Journal of Consumer Policy*, 43, 2020, pp. 437-450.
- FABRE-MAGNAN, M., “What’s is a Modern Law of Contracts? Elements for a New Manifesto for Social Justice in European Contract Law”, *ECRL*, 13 (4), 2017, pp. 376-388.
- GARCÍA RUBIO, M.ª P. y VARELA CASTRO, I., «La COVID-19 y los contratos. Una visión desde la perspectiva española», *El consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del COVID 19*, a cura di L. Mezzasoma, V. Rizzo, G. Berti de Marinis e E. Llamas Pombo, N., EDI, 2021. Pendiente de publicación.
- GARCÍA RUBIO, M.ª P., «Modernización del contrato de servicios. Un análisis crítico del DCFR», *La Modernización de los Contratos de Servicios*, F. J. Infante Ruiz y F. Oliva Blázquez (dirs.) Amanda Kalil (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, Pendiente de publicación.
- GARCÍA RUBIO, M.ª P., «Medidas en materia de contratos por el COVID-19 en España», *RDC*, vol. VII, n.º 2, 2020, pp. 15- 46.
- GREGORACI, B., «El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español», *ADC*, t. LXXIII, fasc. II, 2020, pp. 455-490.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., «El concepto de consumidor vulnerable en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios», *Cesco*, 29 enero 2021.
- MIQUEL GONZALÉZ DE AUDICANA, J. M.ª, «Buena fe», en *Conceptos multidimensionales del Derecho*, García Rubio, M. P. y Moreso, J. J., Reus, Madrid, 2020, pp. 242.
- MORALES MORENO, A. M., «El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución?», en *ADC*, t. LXXIII, fasc. II, 2020, pp. 447-454.
- PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas en los Contratos con Consumidores*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2017, pp. 214 y ss.
- REICH, N., “Vulnerable Consumers in EU Law”, *The Images of the Consumer in EU Law*, Leczykiewicz/ S. Weatherill, (Eds.), Oxford, Hart, 2016, pp. 139-158.
- RODRÍGUEZ ROSADO, B., y RUÍZ ARRANZ, A. I., «Consecuencias de la epidemia: reequilibrio contractual y COVID-19», en *Almacén de Derecho*, 16 de abril, 2020 (<https://almacendederecho.org/consecuencias-de-la-epidemia-reequilibrio-contractual-y-covid-19>)
- TOMÁS MARTÍNEZ, G., «La figura del consumidor medio: un estándar judicial europeo con reconocimiento legal», *Conceptos multidimensionales del Derecho*, M. P. García Rubio y J. J. Moreso, Reus, Madrid, 2020, pp. 693-716.
- TRUJILLO VILLAMOR, E., «Reforma de la Ley de Consumidores: especial atención a los consumidores vulnerables», *Cesco*, 4 marzo 2021.

COVID Y ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA

M.^a Susana QUICIOS MOLINA*

Resumen

El legislador español ha reaccionado frente a los efectos de la pandemia en los arrendamientos de vivienda previendo diversas medidas excepcionales, en el Real Decreto Ley 11/2020, modificado por última vez, cuando se escriben estas páginas, por el Real Decreto Ley 8/2021. Los elementos del contrato que han sido afectados son dos, fundamentalmente: la duración del contrato y la obligación de pagar la renta. El uso de la vivienda por el arrendatario se extiende en el tiempo porque todo arrendatario puede pedir una prórroga extraordinaria de seis meses, y porque puede suspender el juicio de desahucio cuando el arrendatario acredita una vulnerabilidad económica, y el arrendador no acredita su propia vulnerabilidad. El pago de la renta puede demorarse, o reducirse su cuantía, cuando el arrendador es un gran tenedor. Se complementan estas medidas con la regulación de un préstamo especial para pagar el precio del arrendamiento y una compensación a los arrendadores que no pueden recuperar el uso de la vivienda debido a la suspensión del desahucio.

Palabras claves

Arrendamiento de vivienda, prórroga, moratoria, renta, desahucio.

Abstract

The Spanish legislator has reacted to the effects of the pandemic on housing leases by providing for various exceptiona mesures, in RDL 11/2020, last modified, when these pages are written, by RDL 8/2021. The elements of the contract that have been affected are two, fundamentally: the duration of the contract and the obligation to pay the rent. These measures are complemented by the regulation of a sepcial loan to pay the rental Price and compensation to landlords who cannot recover the use of the home due to the suspension of the eviction.

* Profesora titular de Derecho Civil (Acreditada a C. U.), Universidad Autónoma de Madrid. susana.quicios@uam.es. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación I+D+i «Retos de la Sociedad» RTI2018-097418-B-100, «Nuevas perspectivas de la responsabilidad civil. Revisión de la imputación objetiva como criterio delimitador de la causalidad». IP M.^a Pilar Álvarez Olalla.

Keywords

Housing lease, extension, moratorium, rent, eviction.

SUMARIO: I. Elementos del contrato de arrendamiento de vivienda afectados por la legislación COVID. II. Prórroga extraordinaria. III. Obligación *aligerada* de pagar la renta. 1. Moratorias legales. 2. Financiación especial de la deuda arrendaticia. IV. Suspensión excepcional del desahucio. 1. Extensión temporal de la suspensión. Compensación al arrendador. 2. Extensión objetiva de la suspensión: procesos y contratos. 3. Extensión subjetiva de la suspensión: arrendatarios vulnerables. V. Bibliografía.

I. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA AFECTADOS POR LA LEGISLACIÓN COVID

La crisis social, económica y sanitaria derivada de la COVID-19 ha afectado a los contratos de arrendamiento de vivienda habitual porque el legislador español, como tantos otros a nivel internacional, ha decidido intervenir imperativamente en la regulación de dichos contratos, y en consecuencia debemos integrarlos con los nuevos preceptos (art. 1258 CC) (1). El legislador COVID ha «tocado» dos de los elementos estructurales más importantes del arrendamiento de vivienda, con excepcional eficacia retroactiva (como demandaban las circunstancias, por lo menos inicialmente) porque son los contratos vigentes cuando se declaró la pandemia los sujetos a la nueva legislación (de eficacia también temporal): la prestación principal del arrendatario, es decir, el pago de la renta (esencial obligación del arrendatario) y la duración del contrato (porque se puede prorrogar de manera excepcional, así como suspender el desahucio en algunos casos). Con la finalidad de extender el uso de la vivienda por el arrendatario que la necesite, incluso aunque no cumpla sus obligaciones, y evitar que suban los desahucios (ya elevados a raíz de la crisis económica de 2008). Hacía poco que se había modificado el modelo legal (RDL 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler), y las reformas COVID van en la línea de esta filosofía de otorgar mayor protección al arrendatario y su derecho a vivienda (art. 47 CE) (2).

(1) Un resumen de las medidas adoptadas por otros ordenamientos en GARCÍA RUBIO, M. P., «Cuadro comparativo. Contratos y COVID-19», en *Revista de Derecho Civil*, v. VII, n.º 2, mayo 2020 (especial), p. 177. Las medidas españolas fueron, sin embargo, las más protectoras (*vid.* NASARRE AZNAR, S., «Llueve sobre mojado. El problema del acceso a la vivienda en un contexto de pandemia», en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 37, 2020, p. 282).

(2) Los estudios sobre esta reforma son de distinto signo. Una aproximación solvente en ARGELICH COMELLES, C., «Una reformulación comparada del arrendamiento de vivienda: la oportunidad perdida del Real Decreto-Ley 7/2019», en *Actualidad Civil*, n.º 1, enero 2020.

Poder usar una vivienda, sobre todo en la primera ola del coronavirus (de marzo a junio de 2020), se convirtió en una necesidad insoslayable que el legislador tuvo que atender (3).

El Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo (4) (dictado, recordemos, cuando toda España se encontraba confinada en sus domicilios), previó una prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual (art. 2) además de limitaciones al desahucio del arrendatario por impago de la renta, si es vulnerable sin alternativa ocupacional (art. 1), y, por otra parte, dispuso en los arts. 3 y 4 una moratoria excepcional de la deuda arrendaticia para los arrendatarios de vivienda que se encuentren en situación de vulnerabilidad (5). Dentro del Capítulo I (*Medidas de apoyo a los trabajadores, consumidores, familia y colectivos vulnerables*), se establecieron esas tres medidas, con una repercusión enorme en la ejecución de los contratos de arrendamiento de vivienda afectados (6). Repercusión que persiste porque se ha extendido la vigencia de estas medidas (por el RDL 26/2020, de 7 de julio (7), por el RDL 30/2020, de 29 de septiembre (8), por el RDL 37/2020, de 22 de diciembre (9), y por el RDL 8/2021, de 4 de mayo (10)): estos Reales Decretos-leyes habrán permitido solicitar la prórroga extraordinaria de los contratos que finalicen hasta el 9 de agosto de 2021 y la suspensión del desahucio incluso hasta el 9 de septiembre de 2021. Pero, lo que es más importante, han incluido cambios de redacción en los artículos mencionados del RDL 11/2021 que obligan a una exégesis detenida de los textos legales. Los desatinos de la regulación excepcional, que persigue el loable propósito de proteger a los arrendatarios de vivienda más vulnerables, pero de discutible constitucionalidad por su perma-

(3) No dispuso nada sobre los arrendamientos de temporada de estudios, que muchos estudiantes querían darlos por finalizados al regresar antes de tiempo a sus lugares de origen (sobre este tipo de contratos, *vid.* MINERO ALEJANDRE, G. «Contratos de arrendamiento de vivienda de estudiantes universitarios y COVID-19», en *Blog Facultad de Derecho UAM*, 17 de septiembre de 2020.

(4) Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE 1 de abril de 2020).

(5) El Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, ordenó la tramitación preferente de los procesos derivados de cualesquiera reclamaciones que pudieran plantear los arrendatarios por falta de aplicación de estas moratoria y prórroga.

(6) *Vid.* GARCÍA RUBIO, M. P., «Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España», en *Revista de Derecho Civil*, v. VII, n.º 2, mayo 2020 (especial), p. 18. Es muy recomendable la lectura de la crítica general, sobre técnica legislativa, realizada por la autora (pp. 16-18).

(7) Real Decreto Ley de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda (BOE 8 de julio de 2021). *Vid.* DF 9.^a, que modifica, del RDL 11/2020, los arts. 2 (prórroga extraordinaria), 4.1 (moratoria del pago de la renta).

(8) Real Decreto Ley de medidas sociales en defensa del empleo (BOE 30 de septiembre de 2020). *Vid.* DF 4.^a, que modifica los arts. 1.1 (suspensión de los juicios de desahucio), 2 (prórroga extraordinaria) y 4.1 (moratoria del pago de la renta).

(9) Real Decreto Ley de medidas urgentes para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes (BOE 23 de diciembre de 2020). *Vid.* art. 1, referido a la suspensión del juicio de desahucio, y DA 2.^a, sobre la compensación que puede reclamar el arrendador.

(10) Real Decreto Ley por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre (BOE 5 de mayo de 2021). *Vid.* arts. 7 y 8.

nencia temporal más allá de lo razonable en detrimento de la propiedad y derechos ya adquiridos (11), son varios, tanto en la forma como en el fondo (12).

La repercusión de todas estas normas en el mercado del alquiler está por ver. Podría pensarse que la no llegada de turistas a España y las restricciones a la movilidad en todo el territorio nacional, y consecuente caída drástica del número de arrendamientos de pisos turísticos, sobre todo en el centro de las grandes ciudades, es una buena noticia para los arrendatarios, que podrían encontrar más viviendas a un precio inferior. Sin embargo, no parece que el mercado haya ido por este camino, pues los propietarios prefieren esperar a que vengan tiempos mejores y seguir alquilando estos pisos para uso turístico (dedicado a los pocos que pueden entrar en España por sus aeropuertos) o para uso «festivo» (la prensa ha informado de varias fiestas dadas en estos pisos) (13).

II. PRÓRROGA EXTRAORDINARIA

El art. 2 RDL 11/2020 establece una extensión extraordinaria de las prórrogas legales (*a sensu contrario* se excluyen las convencionales por tiempo superior a cinco años en que pudiera encontrarse un arrendamiento de vivienda, y a esta interpretación estricta hay que estar de una norma excepcional) en que pueden encontrarse los contratos de arrendamiento de vivienda en el tiempo establecido por el legislador (que comenzó siendo durante el primer estado de alarma y se ha extendido después hasta el verano de 2021). Debemos destacar que para que sea exigible esta extensión por un semestre del contrato al término de las prórrogas legales ordinarias (ya sea la forzosa del art. 9.1 LAU –pasados cinco años desde la celebración del contrato–, ya sea la tácita del art. 10.1 LAU –por tres años más–), o de los cinco años inicialmente pactados (no hay razón para excluir del espíritu legal, expresado de forma imperfecta) (14), el arrendatario de la vivienda no debe encontrarse en situación de vulnerabilidad económica; por tanto, cualquier arrendatario de vivienda podrá reclamarla y permanecer, en consecuencia, en la vivienda arrendada durante seis meses más. Los presupuestos de aplicación de la llamada por el RDL 11/2020 *prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual* son: i) que la prórroga ordinaria en que pudiera hallarse el contrato celebrado tras la entrada en vigor de la LAU/1994 finalice en el tiempo comprendido entre su entrada en vigor (2 de abril de 2020) y el 9 de agosto de

(11) NASARRE AZNAR, S., «Llueve sobre mojado...», cit. p. 283.

(12) QUICIOS MOLINA, M. S., «COVID-19 y los arrendamientos de vivienda: medidas excepcionales del Real Decreto Ley 11/2020», en *Cesco*, 3 de abril de 2020.

(13) NASARRE AZNAR, «Llueve sobre mojado...», cit., p. 277. Considera que la reforma de 2019 es «en buena parte la responsable de que mucha de la vivienda de alquiler turístico que había quedado vacía a causa del COVID-19 no acabase en el mercado residencial (sino en meros «alquileres de temporada» o «por razón profesional» de dudosa legalidad)». Según datos publicados por Fotocasa Research en julio de 2021, sobre el impacto de la pandemia en el alquiler vacacional, al menos un 38% de los inmuebles destinados antes a este alquiler continuaban en el mercado del alquiler residencial.

(14) Vio el problema CARRASCO PERERA, A., «Primeros problemas aplicativos de las prórrogas, condonaciones y moratorias arrendaticias del RD 11/2020- COVID-19», en *Cesco*, 17 de abril de 2020.

2021 (15); ii) que no se hubiera alcanzado un acuerdo *más beneficioso* para el arrendatario (lo que se sobrentiende dada la naturaleza imperativa de la norma y la vigencia del art. 6 LAU), por ejemplo, una prórroga más larga, que puede ser la tácita de tres años prevista por el art. 10 LAU (16) (duda: ¿qué otras «condiciones» acordadas pueden convertir en más beneficioso que la prórroga de 6 meses el acuerdo alcanzado por las partes? (17)); iii) que el arrendatario la solicite, y entonces el arrendador debe aceptarla salvo que necesite para sí o alguno de los familiares señalados en el art. 9.3 LAU la vivienda (esta causa de oposición a la prórroga se ha incluido con acierto por el RDL 8/2021). Merece la pena detenerse algo más en los presupuestos primero (temporal) y tercero (condiciones).

Por lo que respecta al presupuesto temporal, ¿cuál es su principio y cuál es su final? No está previsto el supuesto en que el contrato se haya extinguido antes del 2 de abril de 2020, por expiración de la prórroga voluntaria del art. 10.1 LAU o de la forzosa del art. 9.1 LAU (en este segundo caso, habiéndose opuesto el arrendador con la antelación exigida por el art. 10.1 LAU a que se renueve el arrendamiento hasta tres años más). No renace el contrato ya extinguido antes del 2 de abril por seis meses más. Y lo razonable habría sido, probablemente, que la prórroga extraordinaria hubiera tenido cierto carácter retroactivo, incluyendo los arrendamientos de vivienda finalizados a partir del día en que se declaró el estado de alarma y el confinamiento de la población en su residencia habitual (arts. 1 y 7 del RD 463/2020, de 14 de marzo, que entró en vigor en el momento de su publicación en el BOE, ese mismo 14 de marzo). Por cierto, los arrendatarios que dejaron de serlo ya declarado el primer estado de alarma, pero no pudieron abandonar la vivienda por la fuerza mayor que supone la pandemia, ¿siguen obligados a pagar la renta mientras ocupen la vivienda? Están incumpliendo su obligación de devolver la vivienda al arrendador al término del arrendamiento, pero sin culpa ninguna. Demanda interesante, si se diese el caso: creo que la fuerza mayor solo excluiría la condena del arrendatario a pagar una indemnización por los daños derivados de la falta de restitución de la finca, pero no la condena a pagar la cantidad que compense el uso de una cosa ajena (aunque el arrendatario hubiera comunicado al arrendador su intención de no continuar con el arrendamiento, pues de lo contrario se produciría un enriquecimiento injusto del arrendatario). Y, por otra parte, no es descartable que pudiera entenderse producida una tácita reconducción durante ese tiempo de ocupación si el arrendador no comunicó al arrendatario su oposición a la continuación del arrendamiento (art. 1566 CC).

En cuanto al final del beneficio de la prórroga extraordinaria, de momento se ha situado en el 9 de agosto de 2021 (RDL 8/2021). Se han sucedido redacciones de la norma contenida en el artículo 2 RDL 11/2020 variando el período de tiempo en que podía solicitarse la prórroga extraordinaria de seis meses, pero lo relevante es que a diferencia de las suspensiones de los desahucios (que pueden acumularse a tenor de lo dispuesto por la DA 2^a RDL 37/2020), no pueden acumularse prórrogas semestrales porque el precepto se refiere en todas sus redacciones a la expiración de las

(15) Redacción dada al art. 2 RDL 11/2020 por el art. 7.3 RDL 8/2021.

(16) Si la prórroga que finaliza es la del art. 9 LAU, y el arrendador no se opone a que inicie la del art. 10 LAU, no habrá necesidad ni ocasión de la extraordinaria.

(17) Pensemos en un acuerdo para que el arrendatario continúe dos meses más en la vivienda sin abonar ninguna renta. La redacción del art. 2 RDL 11/2020 («salvo que se hayan fijado otros términos o condiciones por acuerdo entre las partes») da pie a la duda.

prórrogas de los artículos 9 y 10 LAU (18). El arrendatario que no abandonó la vivienda, con un contrato extinguido al término de la prórroga ordinaria, recupera la posesión legal de la vivienda con el mismo arrendamiento, prorrogado.

En cuanto al tercer presupuesto anunciado (condiciones), la prórroga es imperativa para el arrendador (no otra cosa significa que *deberá ser aceptada* por él) (19) *previa solicitud del arrendatario*, de modo que no opera como las dos previstas por la Ley de Arrendamientos Urbanos, que son automáticas (la tácita del art. 10.1 LAU requiere solo que el arrendador no se oponga a ella). La exigencia de esa previa solicitud del arrendatario puede dar problemas en la práctica (no es preciso que se haga por escrito ni con una antelación concreta), y hubiera sido mejor declarar automática la prórroga si el arrendatario no se opone a ella. Solicitar es incompatible, entiendo, con una declaración de voluntad tácita como podría ser continuar disfrutando del inmueble arrendado durante más de quince días tras la finalización del contrato, pero cabría calificar como tácita reconducción la situación si el arrendador no requiere al arrendatario para que desaloje el inmueble (art. 1566 CC). Por otra parte, la oposición del arrendador a la prórroga (ya nacida o por nacer) «por causa de necesidad», que no se contempló desde el principio por el legislador, plantea también algunos interrogantes. i) Creo que la última redacción del artículo 2 RDL 11/2020 es la que debe primar, y en consecuencia habrá podido ser eficazmente opuesta por el arrendador incluso en los casos en que todavía no se había previsto por el legislador COVID. ii) Si estamos a los plazos y condiciones establecidos en el artículo 9.3 LAU, como ordena el legislador COVID, resulta que el arrendador debe comunicar al arrendatario su necesidad de vivienda permanente (o la de algún hijo o excónyuge) al menos con dos meses de antelación a la fecha en la que la vivienda se vaya a necesitar –por tanto, puede que todavía no se haya solicitado la prórroga extraordinaria por el arrendatario–, y haberse previsto en el contrato de forma expresa la necesidad de la vivienda antes del transcurso de cinco años. Entiendo que, si se hubiera previsto así en el contrato, pero no hubiera necesitado la vivienda el arrendador en esos cinco años, podrá acogerse a esta excepción a la prórroga extraordinaria si la necesidad apareciese después. ¿Y si no se hubiera previsto nada en el contrato porque no era esperable la necesidad durante su plazo de duración? Una interpretación literal del vigente artículo 2 RDL 11/2020 nos lleva a responder, con dudas porque no acaba de encajar en el artículo 9.3 LAU, que no podrá evitarse la prórroga extraordinaria de seis meses, de modo que el interés semejante del arrendatario al del arrendador resulta preferido en caso de conflicto. iii) Por último, la sanción en caso de no ocupación de la vivienda en el plazo de tres meses desde la extinción del contrato (párrafo 3.º del art. 9.3 LAU) requiere también reflexión: literalmente se está presuponiendo una duración máxima del contrato de cinco años que no se ha podido conseguir (y por ello se garantiza al arrendatario el uso de la vivienda por otros cinco años o una indemnización por el tiempo que quedase por cumplir cuando concluyó el contrato); pero si el término de comparación es una prórroga de seis meses, no sería proporcio-

(18) El primer estado de alarma finalizó el 21 de junio de 2020, por tanto, los arrendamientos en prórroga que expirase antes del 21 de agosto (incluido) pudieron prorrogarse por seis meses más. Después, atendiendo a la regulación que se le dio al art. 2 RDL 11/2020 por la DF 2ª del RDL 2/2021, de 26 de enero, se extendió hasta el final del segundo estado de alarma.

(19) GARCÍA RUBIO entiende que se trata de una norma semimperativa, en favor del arrendatario, («Medidas regladas...», cit., p. 21, nota 19).

nada una sanción equivalente a un contrato por otros cinco años, y desde luego la indemnización debería adaptarse a los seis meses máximo que hubiera podido durar.

Se trata de una prórroga excepcional de seis meses, como máximo dice el RDL 11/2020 (durará menos, parece, si el arrendatario quisiera abandonar antes la vivienda o el arrendador comunicase su necesidad de vivienda permanente), durante los que se seguirán aplicando los términos y condiciones del contrato en vigor (como es propio de los contratos de arrendamiento prorrogados). Incluidas las garantías convenidas (20).

Esta regla COVID, comparada con las referentes a moratorias y suspensión del desahucio, es en mi opinión la menos *ofensiva* para los arrendadores de viviendas, aunque sin duda coarta la libertad de contratación e incide en la seguridad jurídica porque se aplica a contratos ya nacidos. El mantenimiento de la crisis en el momento presente creo que justifica el derecho del arrendatario a que se prorrogue obligatoriamente el contrato, y seguir usando la vivienda seis meses más, si se encuentra al corriente del pago de la renta (21). Tanto para limitar el impacto de un cambio de vivienda en tiempos de zozobra pandémica como, si se quiere, para evitar la subida de los precios del alquiler (22).

III. OBLIGACIÓN ALIGERADA DE PAGAR LA RENTA

1. MORATORIAS LEGALES

Estas medidas sí afectan sobremanera al *bolsillo* del arrendador, sobre todo si entendemos que tienen derecho a ellas los arrendatarios que han suspendido el proceso de desahucio (23). En la ponderación entre la necesidad de vivienda digna del arrendatario vulnerable (art. 47 CE) y el derecho de propiedad (art. 33 CE), el legislador ha primado el interés del primero, elección que es discutible sea proporcionada cuando se extiende tanto en el tiempo (24).

Las medidas anunciadas por el artículo 3 RDL 11/2020, conducentes a procurar la moratoria de la deuda arrendaticia (del pago de la deuda, más exactamente) para las

(20) En contra de que la prórroga vincule a los garantes, incluidos aseguradores de renta, CARRASCO PERERA, A., «Primeros problemas...», cit.

(21) NASARRE AZNAR, S., «Llueve sobre mojado...», cit. p. 289, considera que la medida, si se extiende más allá del estado de alarma, puede cuestionarse como «especie de expropiación» de los derechos del arrendador sin compensación.

(22) Esta segunda finalidad da a la norma MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Pandemia y moratoria arrendaticia», en *Cesco*, 3 de abril de 2020.

(23) Sobre esta problemática me pronuncié en QUICIOS MOLINA, M. S., «¿El arrendatario de vivienda demandado en un juicio de desahucio tiene derecho a la moratoria excepcional de la deuda arrendaticia?», *Las perlas jurídicas del COVID-19*, *Cesco*, 9 de mayo de 2021, a favor de extender el beneficio de la condonación a las rentas adeudadas. En contra de aceptar que el arrendatario se beneficie de estas moratorias se ha pronunciado CARRASCO PERERA.

(24) Se ha criticado presuponer la liquidez de un arrendador gran tenedor y que se cubra con recursos privados las dificultades para pagar la renta (respectivamente, GANUZA, J. J., y GÓMEZ POMAR, F., «Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso», en *Indret*, 2.2020, pp. 567-569, quienes critican las moratorias en contratos de arrendamiento por las que han optado España y Portugal, frente a la mayoría de los países europeos (proclives a suspender la resolución del contrato), y GARCÍA RUBIO, «Medidas regladas...», cit., p. 23, nota 25).

personas arrendatarias de vivienda habitual en situación de vulnerabilidad económica a causa del COVID-19⁽²⁵⁾, son distintas en función de si el arrendador es un gran tenedor, una empresa o una entidad pública de vivienda (además de los contratos de arrendamiento suscritos por el Fondo Social de Vivienda –*vid.* art. 4.3 RDL 11/2020–), o no lo es. Porque la moratoria, del tipo que sea, en estos segundos contratos solo puede alcanzarse por acuerdo entre arrendador y arrendatario (art. 8 RDL 11/2020), como permite el art. 1255 CC, y si no se consigue saldrá al rescate el Estado; mientras que en los casos en que el arrendador sea una empresa o entidad pública de vivienda o un gran tenedor, se impone una quita o una espera por el art. 4 RDL 11/2020. En definitiva, cuando el arrendador es una persona física, no está obligado a aceptar el trato que le proponga su arrendatario de vivienda (a pesar del tenor imperativo del apartado 2 del artículo 8 RDL 11/2020), pues la única consecuencia de que lo rechace es que el arrendatario en situación de vulnerabilidad podrá tener acceso al programa de ayudas transitorias de financiación reguladas por el artículo 9 RDL 11/2020: cuando el arrendador no es un gran tenedor, para que el arrendatario acceda a las ayudas oficiales (concesión de un crédito pagado directamente al arrendador o ayudas directas al arrendatario del Plan Estatal de Vivienda) se requiere acreditar que no se ha conseguido ese acuerdo a pesar de intentarlo el arrendatario (por ello se requiere la solicitud del aplazamiento y la negativa o el silencio del arrendador en el plazo de siete días desde la solicitud o desde que el arrendatario rechace la alternativa propuesta por el arrendador)⁽²⁶⁾. La incidencia de estos préstamos en la deuda arrendaticia la estudiaremos en el siguiente epígrafe).

Cuando el arrendador es una empresa pública o un gran tenedor, y el arrendatario una persona en situación o riesgo de vulnerabilidad económica o social⁽²⁷⁾,

(25) Para que sean exigibles cualquiera de las medidas de demora en el pago (o incluso perdón) de la renta al arrendador, deben concurrir, a tenor del art. 5 RDL 11/2020, una serie de requisitos, que se sintetizan en la reducción drástica de ingresos del arrendatario y su «unidad familiar» como consecuencia de la pandemia que nos asola, de modo que la renta y otros gastos del arrendatario supongan un 35 por ciento, o más, de los ingresos, que no pueden superar determinados límites calculados en relación con el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual (art. 5.1 RDL 11/2020). Se entiende por unidad familiar, a los efectos de este artículo, la compuesta por el arrendatario, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda (debemos interpretar que ya sean comunes o solo de uno de ellos), incluidos los yernos o nueros (el cónyuge o pareja de hecho inscrita del hijo que resida en la vivienda también cuenta como miembro de la unidad familiar); con escaso rigor dogmático en su descripción (pues no son hijos) se incluyen asimismo dentro de la unidad familiar los menores tutelados o en régimen de guarda o acogimiento familiar por el arrendatario (o cualquiera de los otros integrantes de la unidad familiar), así como (debemos entender también) mayores de edad con capacidad de obrar modificada judicialmente (recordemos que este concepto ha desaparecido de nuestro ordenamiento tras la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio) sujetos a la tutela de algún otro integrante de la unidad familiar (art. 5.2 RDL 11/2020). No están incluidos, en el tenor literal, como miembros de la unidad familiar los padres o ascendientes del arrendatario que pudieran residir en la vivienda arrendada, de modo que aparentemente el art. 5.1.a) ii. RDL 11/2020, al referirse a las personas mayores de 65 años miembros de la unidad familiar (a efectos de calcular el límite de ingresos), solo contempla al arrendatario o a su cónyuge o pareja de hecho inscrita mayores de 65 años. Pero a pesar del olvido del legislador, si beneficia al arrendatario computar al ascendiente mayor de 65 años (suyo o de su cónyuge o pareja) que convive en la vivienda arrendada, habrá que enmendar el tenor literal del art. 5.2 RDL 11/2020, pues el espíritu de la ley es claro.

(26) El arrendatario puede solicitar un crédito a una entidad bancaria, avalado por el ICO, por importe de hasta seis mensualidades de la renta arrendaticia, a devolver en un período máximo de diez años sin intereses ni comisiones. O puede acogerse a las ayudas previstas por la Orden TMA/336/2020, de 9 de abril.

(27) He desarrollado las reglas legales sobre vulnerabilidad económica en QUICIOS MOLINA, «El COVID-19...», cit.

se impone por la ley una novación contractual que puede consistir, a elección del arrendador o el arrendatario (depende de los casos), o en una rebaja del precio (hasta el 50%, de la renta debida mientras dure el estado de alarma y hasta cuatro meses después de su finalización) o en una demora en la obligación de pagar la renta convenida (28). La declaración del estado de alarma proporcionó al legislador la ocasión de incorporar ya a nuestro ordenamiento el concepto de arrendador «gran tenedor», arrendador que puede ser tanto una persona física como una persona jurídica titular de más de diez inmuebles urbanos (excluyendo garajes y trasteros), o una superficie de más de 1.500 metros cuadrados (según se definen en el art. 4.1 RDL 11/2020). Estos arrendadores, así como los que sean empresas o entidades públicas de vivienda, si no hubieran llegado a un acuerdo sobre aplazamiento o condonación total o parcial de la renta que por lo menos iguale las medidas legales, están obligados a ofrecer a los arrendatarios de vivienda que lo reclamen, de momento, antes del 9 de agosto de 2021 (29), y justifiquen su situación de vulnerabilidad económica, alguna de estas alternativas (en el plazo máximo de 7 días laborables –hábiles, pues–):

i) una reducción del 50% de la renta arrendaticia durante el tiempo que dure el estado de alarma decretado por el Gobierno y las mensualidades siguientes si aquel plazo fuera insuficiente en relación con la situación de vulnerabilidad provocada a causa del COVID-19 (por ejemplo, porque sigue sin recuperar su empleo el arrendatario), con un máximo en todo caso de cuatro meses (advuértase que, con la redacción legal que entrará en vigor el 9 de mayo de 2021, resulta extraño que se pueda pedir la reducción de la renta después de finalizado el estado de alarma y solo para conseguir esa rebaja durante cuatro meses como máximo); o

ii) una moratoria automática en el pago de la renta arrendaticia, durante el período de tiempo del estado de alarma y los meses siguientes que fueran necesarios para atender a la vulnerabilidad económica acreditada, con el mismo límite ya visto de cuatro meses (con la misma advertencia que en el párrafo anterior).

¿La facultad de elección del arrendador tiene límites? Se ha señalado que, en contratos próximos a su finalización, podría considerarse ejercicio abusivo del derecho optar por la moratoria de cuatro mensualidades de la renta que solo podrían reclamarse durante la vigencia del contrato, y, por tanto, de golpe, aparte de que, sobre todo, esta opción es poco inteligente ante el riesgo de impago (30).

¿Qué consecuencias tendrá que el arrendador no comunique en plazo su elección al arrendatario, en defecto de acuerdo? Entiendo que el arrendatario está facultado para optar entonces por alguna de las dos alternativas que la ley prevé en su beneficio, de modo que podrá dejar de pagar el 50% de la renta o toda la renta (deberá entonces devolverla fraccionada del modo visto), durante cuatro mensualidades como máximo.

(28) Sobre la trascendencia fiscal de las reducciones y moratorias de la renta, *vid.* ROVIRA FERRER, I., «El impacto fiscal del COVID-19 en el arrendamiento de bienes inmuebles», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 784, marzo/abril 2021, pp. 1025 a 1058.

(29) Primero fue en el mes siguiente a la entrada en vigor del RDL 11/2020, pero se ha ido extendiendo el plazo hasta abarcar todo el período del estado de alarma que concluye el 9 de mayo y, ahora, tres meses más (*vid.* DF 8.^a, apartado 2 RDL 2/2021, de 26 de enero, y art. 7.4 RDL 8/2021).

(30) PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «El perverso artículo 4.2) del Real Decreto Ley 11/2020 y la estrategia del arrendador», *Las perlas jurídicas del COVID-19*, en *Cesco*, mayo de 2020.

¿Puede recuperar el arrendador la renta dejada de percibir? En el segundo caso sí (si utilizamos términos concursales, puede calificarse como una espera), pero no en el primero (cabría hablar de quita impropia), pues el complejo fraccionamiento de pago pergeñado por el legislador se refiere a la letra b) del artículo 4.2 RDL 11/2020, y no a la letra a). El arrendatario tiene derecho a fraccionar, durante al menos tres años, el pago de las rentas dejadas de abonar en ese plazo máximo de cuatro meses a partir del mes siguiente a que se reinicie el pago del precio del arrendamiento, a lo largo del tiempo que dure su arrendamiento (ya sea con plazo inicial o prorrogado). Pudiera darse el caso, por tanto, de que finalizara el contrato sin que el arrendatario se hubiera puesto al día con el pago de las rentas. Por este aplazamiento del pago de la renta el arrendatario no tendrá ningún tipo de penalización y no deberá pagar intereses de demora (*vid.* art. 4.2.b) *in fine* RDL 11/2020). Si el arrendatario consiguiera la ayuda prevista por el artículo 9 RDL 11/2020, estará desde ese mes obligado a pagar por completo la renta arrendaticia (art. 4.4 RDL 11/2020).

El RDL 11/2020 incluye una curiosa regla de responsabilidad por daños derivados de una conducta del arrendatario «que se haya beneficiado de una moratoria de la deuda arrendaticia de su vivienda habitual y/o de ayudas públicas para atender al pago de la misma sin reunir los requisitos previstos en el artículo 5» (art. 7). Son varias las reflexiones que merece esta regla, como ya expuse en otro lugar; aquí, por necesidades de espacio, las resumo en nota a pie (31).

2. FINANCIACIÓN ESPECIAL DE LA DEUDA ARRENDATICIA

En este apartado me propongo estudiar la incidencia en el arrendamiento de vivienda del préstamo avalado y subvencionado por el Estado contemplado por el artículo 9 RDL 11/2020 (y desarrollado por distintas Órdenes y Resoluciones del Ministerio de Transportes). Merece la pena que enfoquemos, desde la dogmática civil, la situación en la que puede encontrarse un arrendamiento de vivienda, cuando el arrendatario obtiene un préstamo de entidad bancaria que cubre, como

(31) En primer lugar, es insólito que se recurra a una institución de Derecho privado como la responsabilidad por daños causados por una persona física (no puede ser otro el arrendatario de vivienda) para sancionar al ciudadano que obtiene una ayuda pública sin cumplir los requisitos legales exigidos, como se comprueba después por la Administración competente. O que incluso incurra en fraude «en los casos en los que, voluntaria y deliberadamente, busque situarse o mantenerse en los supuestos de vulnerabilidad económica con la finalidad de obtener la aplicación de las medidas reguladas en este real decreto-ley» (art. 7.2 *in fine*). En segundo lugar, ¿cuál es la conducta dañosa que perjudica al arrendador (vamos a prescindir de la Administración pública que haya concedido la ayuda)? Cualquier comportamiento del arrendatario, activo u omisivo, que le haya permitido conseguir una moratoria del arrendador sin tener derecho a ello por no concurrir los requisitos legales. El arrendatario deberá haber actuado con dolo (el propio precepto lo contempla, como hemos visto) o negligencia (grave, parece razonable) para entender que ha incumplido su obligación de pagar la renta en el momento debido: en definitiva, estaremos ante un incumplimiento de obligaciones pues no estaría justificado el retraso o la falta de pago (arts. 1101 y ss. CC). En tercer lugar, el daño que sufre el arrendador es, como mínimo, la renta dejada de percibir, pero podrían reclamarse todos los que procedan en aplicación de los arts. 1106 y 1107 CC. Cuando el art. 7.1 RDL 11/2020 hace responsables a los arrendatarios «de los daños y perjuicios que se hayan podido producir», no aporta nada a las reglas generales sobre daño emergente y lucro cesante. Sí es una regla particular que «el importe de los daños, perjuicios [...] no podrá ser inferior al beneficio indebidamente obtenido por la persona arrendataria por la aplicación de la norma» (art. 7.2 RDL 11/2020).

máximo, seis mensualidades de la renta, a abonar directamente al arrendador: el pago de la renta se realiza, en definitiva, por un tercero (el prestamista), por cuenta del arrendatario deudor, y algunas especificaciones sobre este pago de la ayuda obtenida por el arrendatario, al arrendador, se detallan en el artículo 9 Orden TMA/378/2020, de 30 de abril (32). En este trabajo no nos interesa ni el contrato de préstamo celebrado entre el banco y el arrendatario ni las ayudas públicas que directamente se pueden entregar al arrendatario para afrontar el pago de la renta o del préstamo (33).

Toda la renta, por tanto, o una parte de la renta debida (cuando la renta mensual sea superior a 900 euros), se abonará al arrendador por un tercero. La parte de la renta no cubierta (incluidos los gastos por servicios generales que debiera abonar el arrendatario en virtud del contrato de arrendamiento si es que no estuvieran cubiertos por la ayuda: este puede ser un punto discutible en la práctica, aunque yo me decanto por incluir los gastos) (34) deberán ser pagados por el arrendatario; y si no lo hace, incurrirá en incumplimiento contractual que legitimará al arrendador para pedir el cumplimiento y, en su caso, la resolución y el desahucio. El artículo 4.1.c) Orden TMA/378/2020, de 30 de abril distingue renta arrendaticia y gastos y suministros básicos (condiciones subjetivas de los arrendatarios): suministros de electricidad, gas, gasoil para calefacción, agua corriente, servicios de telecomunicación fija y móvil, y posibles contribuciones a la comunidad de propietarios. De estos gastos, es frecuente que en el recibo del alquiler se incluyan los servicios generales (art. 21 LAU), que pagaría el arrendador a la compañía o a la comunidad de propietarios. Creo que la intención del legislador es incluir esos gastos, pues cuando se refiere a la cuantía máxima del préstamo la relaciona con mensualidades en virtud del contrato de arrendamiento de vivienda habitual vigente, sin más especificaciones (art. 7.2 y 3 Orden TMA/378/2020, de 30 de abril).

¿El importe prestado, que coincide con mensualidades de la renta, se pagarán en las mismas condiciones contractuales, de lugar, tiempo y forma? (35) Los ban-

(32) Se trata de la llamada «Línea de avales de arrendamiento COVID-19» (por la Orden TMA/378/2020, de 30 de abril, se definen los criterios y requisitos de los arrendatarios de vivienda habitual que pueden acceder a las ayudas transitorias de financiación establecidas en el art. 9 del RDL 11/2020 –consistentes en el aval y la bonificación total de gastos e intereses para el solicitante–), cuyo plazo de solicitud se ha ido prorrogando (primero, hasta el 30 de septiembre, luego hasta el 31 de noviembre de 2020, para que las entidades bancarias los concedieran como máximo, antes del 31 de diciembre de 2020, y la Orden TMA/1134/2020, de 30 de noviembre, ha ampliado el plazo para solicitar estas ayudas públicas hasta el 31 de mayo de 2021, prorrogable hasta el 31 de agosto de 2021). Algunas condiciones de ese contrato de préstamo se detallan por la Resolución de 1 de mayo de 2020, y en todo caso han de incluir los contratos las condiciones fijadas por la Disposición Tercera.

(33) Contempladas, entre otras normas, por la Orden TMA/336/2020, de 9 de abril –BOE 11.4.2020–. Ya el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 (Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo –BOE 10 marzo 2018–) persigue fomentar el alquiler disponiendo ayudas para pagar rentas arrendaticias de hasta 900 euros, con el límite del 40% de la renta del alquiler.

(34) El legislador que ha desarrollado estas ayudas distingue renta y gastos por suministros básicos cuando lo ha considerado oportuno: por ejemplo, a la hora de calcular la sobrecarga financiera para hacer frente al pago del alquiler (que sea igual o superior al 35% la suma de renta arrendaticia y gastos por electricidad, gas, agua y teléfono).

(35) En la página web del Ayuntamiento de Madrid se insiste en que la Orden TMA/336/2020 exige copia completa del contrato de arrendamiento en vigor, con inclusión expresa del medio y forma de pago a la persona arrendadora, para que «la ayuda puede ser pagada de forma directa al arrendador por cuenta del arrendatario».

cos están obligados a realizar el pago mediante transferencia bancaria al arrendador, aunque en el contrato se haya fijado una manera distinta –que no es habitual– (36). El importe máximo de financiación por préstamo podrá cubrir hasta el 100% de seis mensualidades de renta (¿incluyendo gastos? (37)), en virtud del contrato de arrendamiento en vigor y sus prórrogas, con un máximo de 5.400 euros, a razón de un máximo de 900 euros cada mes; las entidades de crédito abonarán las cuantías correspondientes a las seis mensualidades directamente al arrendador de la vivienda, previa comunicación, para su toma de razón, al titular del préstamo (art. 9.1 Orden TMA/378/2020, de 30 de abril; letra e) de la Resolución). El abono se realizará con periodicidad mensual, salvo que se acuerde periodicidad distinta, y en su caso con un pago inicial que comprenda las mensualidades devengadas y no pagadas desde el 1 de abril de 2020 hasta la firma del contrato de préstamo (art. 9.2 Orden TMA/378/2020, de 30 de abril; letra e), *in fine*; se obliga a la entidad bancaria a conservar el justificante de cada uno de los pagos que se realicen). ¿Quién puede acordar que la periodicidad del pago no sea mensual? Desde luego prestamista y prestatario no podrían modificar, en perjuicio del acreedor (arrendador), esta obligación, pero sí podría acordarse entre el banco y el arrendador. El posible acuerdo referido en una Orden ministerial solo puede interpretarse respetando las reglas generales civiles sobre obligaciones y contratos.

Las seis mensualidades máximas financiables podrán ser desde el 1 de abril de 2020 y no podrán ser posteriores a 6 meses a contar desde la firma del préstamo *ni posteriores al fin de vigencia del contrato de arrendamiento o sus prórrogas*.

Este préstamo vinculado al cumplimiento de un contrato de tracto sucesivo, como es el arrendamiento de vivienda, puede dar problemas en caso de extinción inesperada del arrendamiento durante la vigencia del préstamo (por ejemplo, muerte del arrendatario sin subrogación *mortis causa* de algún familiar) (38). Por ejemplo, imaginemos que un arrendatario con contrato vigente hasta el 1 de junio de 2021 solicita el préstamo avalado por el ICO en septiembre de 2020 y se le concede en octubre para cubrir las seis mensualidades siguientes, que según el contrato de arrendamiento debía abonar el arrendatario en los cinco primeros días de cada mes. El banco prestamista deberá ingresar en la cuenta bancaria del arrendador (si así se acuerda el modo de pago) las mensualidades de noviembre,

(36) *Vid.* Anexo I de la Orden TMA/378/2020, de 30 de abril –en la información que debe aportar el solicitante se incluye una cuenta corriente a nombre del arrendador si no figurase en el contrato de arrendamiento, por lo que podría requerirse la colaboración del acreedor, quiera o no quiera (heterodoxo desde la teoría general de obligaciones y contratos)–; y Anexo II de la Resolución de 1 de mayo de 2020.

(37) El legislador parece estar pensando en renta y no en otros gastos debidos por el arrendatario. Por ejemplo, en la Disposición Tercera, 3) se habla de importe superior a seis veces la renta mensual del alquiler de su vivienda habitual.

(38) El préstamo avalado por el ICO, concedido al arrendatario de vivienda habitual en beneficio del arrendador, tiene un plazo de devolución de hasta seis años, prorrogable excepcionalmente por otros cuatro, y no devenga ningún tipo de gasto ni interés remuneratorio (la partida de dinero público estimada son mil doscientos millones de euros para ejecución de avales y ciento doce millones de euros para bonificación de gastos e intereses). *Vid.* Convenio entre el Ministerio de Transportes y el ICO sobre Líneas de avales de arrendamiento COVID-19, suscrito el 1 de mayo de 2020 –Resolución de la Secretaría de Estado de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, para la gestión de los avales... (BOE 2.5.2020), con su Agenda-Resolución de 1 de diciembre de 2020, de la Secretaría de Estado– (BOE 11.12.2020).

diciembre, enero, febrero, marzo y abril, a medida que vayan venciendo. Pero si el arrendatario falleciera en diciembre de 2020, y no se subrogase ningún familiar, el contrato de arrendamiento se habrá extinguido con la muerte del arrendatario, de modo que las cuatro mensualidades restantes no tendría derecho a cobrarlas el arrendador, y tampoco se podría exigir su devolución a los herederos del arrendatario. El préstamo es finalista, debiendo dedicarse la financiación al pago de la renta del arrendamiento de la vivienda habitual del cliente (art. 3.4 Orden TMA/378/2020, de 30 de abril), y se otorga por concesión directa y por una sola vez al arrendatario (art. 3.2 Orden TMA/378/2020, de 30 de abril). Si se subrogase un familiar en el arrendamiento, a la muerte del arrendatario con préstamo concedido todavía vigente, ¿puede aprovecharse de dicho préstamo el nuevo arrendatario? Habría que estar a las condiciones del contrato de préstamo, y en concreto a su extinción o no a la muerte del prestatario.

También debemos plantearnos la incidencia en la ejecución del contrato de arrendamiento de una actuación ilícita del arrendatario al celebrar el contrato de préstamo, que ha incurrido en falsedad, ocultación o inexactitud relevante al presentar su solicitud a la entidad bancaria que le ha concedido el préstamo (la misma sanción se aplica cuando el Ministerio de Transportes comprueba que el arrendatario no destina el préstamo a la finalidad para la que se otorgó). Dispone la Resolución de 1 de mayo de 2020(39) que se cancelará el abono de las cantidades pendientes (se entiende, al arrendador) y el arrendatario deberá proceder a la amortización anticipada del préstamo (con obligación de reintegro de los gastos e intereses satisfechos por el préstamo, a cuyo importe se aplicará el interés de demora) (40).

En cuanto al contrato de préstamo entre la entidad bancaria y el arrendatario de vivienda (de vivienda completa, incluyendo mobiliario, trasteros, plazas de garaje y otras dependencias anexas a la vivienda; se excluye el contrato de subarriendo y el alquiler de habitaciones), si fueran varios los titulares del contrato de alquiler, todos ellos deben formalizar el préstamo con la Entidad de crédito como prestatarios (único contrato), deben cumplir conjuntamente los requisitos y responderán solidariamente (41).

IV. SUSPENSIÓN EXCEPCIONAL DEL DESAHUCIO

1. EXTENSIÓN TEMPORAL DE LA SUSPENSIÓN. COMPENSACIÓN AL ARRENDADOR

Desde la primera declaración del estado de alarma, se han sucedido las normas COVID permitiendo la suspensión extraordinaria de los juicios de desahucio cuando resulten afectados por el desalojo hogares vulnerables sin alternativa habitacional, desde la primera versión del artículo 1 RDL 11/2020, de 31 de marzo,

(39) Disposición Segunda, letra q) Documentación de las operaciones.

(40) Art. 7.6 Orden TMA/378/2020, de 30 de abril, y art. 11.4 de esa Orden.

(41) Art. 4.3 Orden TMA/378/2020, de 30 de abril; letra d) de la Resolución.

hasta la del RDL 8/2021, de 4 de mayo, y los cambios han sido de calado (42). Primero fue «una vez levantada la suspensión de todos los términos y plazos procesales por la finalización del estado de alarma», y hasta seis meses, como máximo, desde la entrada en vigor del RDL 11/2020 (2 de abril de 2020), y el legislador dejaba bastantes cuestiones sin resolver (43). Después se siguió extendiendo esta suspensión, permitiéndose incluso volver a solicitarla por el arrendatario que durante la primera ola (entre abril y octubre de 2020) ya lo hubiera hecho, salvo que se hubiera reanudado el proceso por quedar acreditada la vulnerabilidad económica del arrendador (DT 1ª RDL 37/2020). Y, de momento, los arrendadores deben esperar hasta el 9 de agosto de 2021 para no encontrarse con la suspensión extraordinaria del juicio de desahucio por falta de pago de la renta o expiración del plazo de duración (incluida la prórroga excepcional COVID ya mencionada), «se haya suspendido o no previamente el proceso en los términos establecidos» en el artículo 441.5 LEC. En mayo de 2021 ya se anuncia por el legislador que estas medidas de suspensión establecidas «con carácter extraordinario y temporal, en todo caso, dejarán de surtir efecto desde el 9 de agosto de 2021» (art. 1.1 *in fine* RDL 11/2020), y efectivamente ese día se fija como término final de la suspensión

(42) Entremedias se le dio otra redacción por los RDL 30/2020 y 37/2020.

(43) Ya hice notar en otro lugar («El Covid-19...», cit.) que resultaba criticable la falta de coordinación entre el momento en que será, en definitiva, eficaz la suspensión extraordinaria concedida a arrendatarios vulnerables (cuando se levante la suspensión de todos los términos y plazos procesales por la finalización del estado de alarma, que nadie sabe cuándo se producirá), y el *dies a quo* del plazo máximo de seis meses en que puede estar suspendido el juicio de desahucio (2 de abril de 2020, al día siguiente de la publicación del RDL en el BOE). Transcribo mis palabras: «Lo correcto y razonable, si lo pretendido por el legislador es verdaderamente conseguir la máxima protección de los arrendatarios, hubiera sido comenzar a contar ese plazo máximo de suspensión extraordinaria de seis meses desde el cese del estado de alarma y reinicio de los plazos procesales y la actividad judicial. No se prevé tampoco en el art. 1.1 RDL 11/2020 qué plazo tiene el arrendatario vulnerable desde que se reinicien los plazos procesales por la finalización del estado de alarma para comunicar al Juzgado y acreditar su situación de vulnerabilidad social o económica sobrevenida como consecuencia de los efectos de la expansión del COVID-19, que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva. Parece que en cualquier momento anterior a la práctica del requerimiento previsto por el art. 440.3 LECiv, o dentro de los diez días siguientes, o en cualquier momento anterior a la celebración de la vista en caso de oposición del arrendatario. Dada la dificultad de probar tanto la situación de vulnerabilidad social o económica como su naturaleza sobrevenida a consecuencia de la expansión del coronavirus y (tercer elemento del supuesto de hecho de la norma) la imposibilidad de encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva el arrendatario, lo previsible es que, cuando se reanude la actividad procesal, cualquier arrendatario de vivienda que comunique ante el Juzgado que tramita su desahucio, que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, conseguirá la suspensión del proceso por ese plazo de seis meses, que no sabemos si en la práctica será en realidad máximo o mínimo dado el también previsible exceso de trabajo en la primera instancia judicial cuando la vida vuelva a una cierta normalidad. Augurio que se complace bien con la posibilidad de convencer al Letrado de la Administración de Justicia por la mera declaración responsable del arrendatario relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse sin recursos económicos suficientes según el RDL (art. 6.1.e), que debe incluir la justificación expresa de los motivos, relacionados con las consecuencias de la crisis del COVID-19, que le impiden tal aportación (art. 6.2 RDL 11/2020). Bien es verdad que el art. 6 se redacta pensando en la justificación para conseguir una moratoria en el pago de la renta (por acuerdo entre arrendador y arrendatario, salvo que el arrendador sea una empresa o entidad pública de vivienda o un gran tenedor, en cuyo caso se impone una quita o una espera por el art. 4 RDL 11/2020), mientras todavía sigamos en el estado de alarma, pero la remisión del art. 1.2 RDL 11/2020 al art. 6 para acreditar los requisitos que permiten la suspensión de los lanzamientos permite ser laxos en las exigencias probatorias».

(art. 1.4, párrafo I *in fine* RDL 11/2020) (44). Pero, evidentemente, esta declaración no constriñe al legislador futuro. Y cabe plantear la misma duda que respecto de la moratoria del pago: ¿es proporcionada la restricción del derecho de propiedad privada (o derecho real que faculte al arrendador para usar el inmueble) que se establece para garantizar el derecho a una vivienda digna, teniendo en cuenta el tiempo en que se puede privar del uso al arrendador (45), la exclusión de la suspensión si el arrendador también acredita vulnerabilidad económica y la compensación prevista a favor de arrendador? Con estas medidas se hace recaer un derecho social en los propietarios de viviendas que las han dado en arrendamiento, y mientras los servicios sociales no provean a los arrendatarios vulnerables, que han dejado de pagar su renta, de un alojamiento digno. Un posible aviso a navegantes es la STC de 28 de enero de 2021, que ha declarado inconstitucionales distintos artículos del Decreto Ley catalán 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda, por afectarse el derecho fundamental de propiedad por normas que exigirían una ley y no caben en un decreto-ley.

La incidencia extrema en el derecho de propiedad que estas normas están causando, que puede calificarse de expropiatoria del uso, se contrarresta por el legislador con una compensación económica para el arrendador a cargo de las arcas públicas (DA 2^a RDL 37/2020), que en muchos casos ni siquiera podrá pedir el arrendador pues han de transcurrir tres meses desde la emisión del informe de los servicios sociales requeridos sin proveer a la necesidad habitacional del arrendatario (46). El RDL 37/2020 ha incluido una medida más contundente que el RDL 11/2020 para compensar al arrendador que no podrá obtener rendimiento de su propiedad porque el arrendatario, a pesar de su incumplimiento resolutorio, no es desahuciado porque se ampara al derecho de suspensión previsto por el artículo 1 RDL 11/2020. Pero es una compensación que solo cabrá pedir en un caso muy particular, en que la Administración adolece de un funcionamiento gravemente anormal (y esta es la principal crítica que cabe hacer al precepto): cuando, emitido informe por los servicios sociales señalando las medidas adecuadas para atender la situación de vulnerabilidad acreditada por el arrendatario, estas medidas no se adoptan en un plazo de tres meses. Paradójicamente, si los servicios sociales no emiten su informe no comienza a correr ese plazo que pone una espada de Damo-

(44) «En todo caso, el auto que fije la suspensión señalará expresamente que el 9 de agosto de 2021 se reanuda automáticamente el cómputo de los días a que se refiere el artículo 440.3 o se señalará fecha para la celebración de la vista y, en su caso, el lanzamiento, según el estado en que se encuentre el proceso».

(45) Nada impide que esta suspensión extraordinaria se acumule a la suspensión ya prevista por el RDL 7/2019, también para ofrecer ayudas o alternativa de vivienda a los arrendatarios en situación de vulnerabilidad, por lo que la suspensión del juicio se podría extender durante un largo período de tiempo. Sobre el juicio de desahucio, en general, tras esta reforma ordinaria vid. QUICIOS MOLINA, M.S., “Las reformas de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 2013 y 2019. Particular atención al juicio de desahucio, el registro de arrendatarios morosos y el régimen transitorio. Medidas adoptadas durante el estado por el COVID-19”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, R. Berco-vitz (coord.), 7^a edición, ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 37-67.

(46) Esta compensación podrá solicitarse hasta el 9 de septiembre de 2021 (tras la modificación de la DA citada por el art. 8 RDL 8/2021). Ha reparado en esta consecuencia de la falta de emisión del informe DEL SAZ DOMÍNGUEZ, L., “¿El Real Decreto-Ley 37/2020 impide los desahucios durante el estado de alarma?”, en *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, n.º 37, 2021, p. 7.

cles sobre la Administración competente para proveer de una vivienda digna a una familia vulnerable.

¿En qué se traduce la compensación económica prevista por la DA 2ª del RDL 37/2020? ¿Cuántos meses de renta no pagada por el arrendatario u ocupante de la vivienda puede enjugar el arrendador con esta ayuda pública? Dos datos a tener en cuenta: i) en cuanto a la extensión temporal, abarca desde la fecha en que se acordó por el Juzgado la suspensión del desahucio hasta la fecha en que esa suspensión finalizó, ya sea porque se levantó, ya sea porque llega el fin del estado de alarma; ii) en cuanto a la cuantía, no se equipara a la renta que pagase el arrendatario por contrato (salvo que esta fuera inferior al alquiler medio en la zona), sino a una renta media en el entorno en que se encuentre el inmueble arrendado (DA 2.ª.2).

Ha de advertirse que se ha ido extendiendo el ámbito de aplicación de esta suspensión extraordinaria del juicio de desahucio, que en definitiva impide al arrendador recuperar la posesión del inmueble a pesar del incumplimiento del arrendatario, pues comenzó exigiéndose «una situación de vulnerabilidad social o económica sobrevenida como consecuencia de los efectos de la expansión del COVID-19, que le imposibilite (al arrendatario) encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva», y en la redacción vigente desde el 9 de mayo de 2021 no se asocia esa situación a ninguna causa (lo que ciertamente complicaba muchísimo la prueba).

Otro cambio, respecto de la primera redacción, es que ahora se prevé un incidente de suspensión extraordinaria del desahucio o lanzamiento ante el Juzgado, en el que el arrendatario debe acreditar su vulnerabilidad y, en su caso, también el arrendador la suya, correspondiendo a los servicios sociales competentes emitir un informe, en el plazo máximo de diez días, en el que se valore la situación de vulnerabilidad del arrendatario y, en su caso, del arrendador, y se identifiquen las medidas a aplicar por la Administración competente (art. 1.3 RDL 11/2020). Solo tras la emisión de este informe el Juez dictará auto acordando la suspensión del lanzamiento o la continuación del procedimiento (art. 1.4 RDL 11/2020). ¿Y si no se emite este informe antes del 9 de agosto de 2021? Debemos entender que el proceso debe continuar automáticamente, igual que cuando se haya declarado por auto la suspensión (47).

2. EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA SUSPENSIÓN: PROCESOS Y CONTRATOS

El legislador COVID comenzó disponiendo que en la tramitación del procedimiento de desahucio regulado en la Ley 1/2000, de 7 de enero (LEC) derivado de contratos de arrendamiento de vivienda *sujetos a* la Ley 29/1994, de 24 de noviembre (LAU) cabría la suspensión extraordinaria establecida en cualquier momento

(47) En el mismo sentido, DEL SAZ DOMÍNGUEZ, L., «El Real Decreto-Ley 37/2020...», p. 6. Son muy reveladoras de los problemas a los que se enfrentan en la práctica los Juzgados, al resolver sobre la suspensión de los lanzamientos, las distintas aportaciones de Bernabéu Pérez, Letrado de la Administración de Justicia, publicadas en el nº 149 de *Práctica de Tribunales*.

en que pudiera encontrarse el proceso (48). En la última versión del artículo 1.1 RDL 11/2020 (fruto del RDL 8/2021) ha variado algo la redacción, y el cambio puede no ser baladí: cabe la suspensión en todos los juicios verbales que versen sobre reclamaciones de renta o cantidades debidas por el arrendatario o la expiración del plazo de duración de contratos *suscritos conforme a* la Ley 29/1994, de 23 de noviembre. Está bien especificar que se trata de juicios verbales, aunque una interpretación sistemática del artículo 1 RDL 11/2020 nos permitía excluir de su ámbito de aplicación los juicios ordinarios que podían concluir con el desahucio de arrendatario (resolución del contrato por causas distintas a la falta de pago o a la expiración de su plazo de duración); me parece evidente que los verbales para reclamar exclusivamente el pago de la renta no están comprendidos en la norma (49). Pero los arrendamientos de vivienda celebrados antes del 1 de enero de 1995 (los llamados de *renta antigua*) que pudieran todavía estar en vigor, no entran en el tenor literal más reciente pero sí en el originario (pues tras la derogación del TRLAU/1964 por la LAU/1994, están sujetos a su disposición transitoria 2.^a), y esto es ciertamente criticable.

También estarían excluidos del tenor literal de la norma sobre suspensión excepcional de los desahucios los arrendamientos (o subarrendamientos) de habitaciones si no estuvieran sujetos a la Ley de Arrendamientos Urbanos (como algunas Audiencias Provinciales han fallado) (50), aunque la previsión legal de un subarriendo parcial de vivienda (art. 8.2 LAU) podría llevar a una solución distinta.

3. EXTENSIÓN SUBJETIVA DE LA SUSPENSIÓN. ARRENDATARIOS VULNERABLES

De acuerdo con el artículo 1.1 RDL 11/2020, puede aprovecharse de esta suspensión excepcional del desahucio el arrendatario de vivienda que acredite encontrarse en una situación de vulnerabilidad económica, y en la última redacción del precepto no es preciso que derive de la pandemia (lo que dificultaba mucho su prueba). Para que opere la suspensión extraordinaria establecida «la persona arrendataria deberá acreditar que se encuentra en alguna de las situaciones de vulnerabilidad económica a que se refiere el artículo 5», (es irrelevante que añada en ocasiones el calificativo «social» a «económica», pues la definición legal es la del artículo 5 RDL 11/2020) y acompañar su escrito de los documentos a que se refiere el artículo 6 del mismo RDL (art. 1.2). Solo me voy a detener en este trabajo en las previsiones legales menos técnicas.

Entiendo que todos los ingresos de quienes componen la unidad familiar, sean del tipo que sean (por ejemplo, ayudas públicas a los hijos), deben computarse a

(48) Se dijo autorizadamente entonces que la suspensión, atendida la finalidad de la norma contenida en el art. 1 del RDL 11/2020, afectaba tanto al juicio monitorio previsto por el art. 440.3 LECiv como a todo proceso arrendaticio que pudiera llevar a la resolución del contrato, con el consecuente desalojo del arrendatario (CORDÓN MORENO, F. J., «Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo. Suspensión del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos», *Gómez-Acebo y Pombo*, abril 2020).

(49) En el mismo sentido, DEL SAZ DOMÍNGUEZ, L., «¿El Real Decreto-Ley 37/2020...», p. 4.

(50) Pueden encontrarse en este enlace: <https://elderecho.com/normativa-aplicable-al-contrato-de-arrendamiento-de-habitaciones>, <https://www.mundojuridico.info/contrato-arrendamiento-una-habitacion/> (consultado el 1 de marzo de 2021).

efectos de comparar «el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar» con los límites legales (*vid.* siguiente requisito). Y dependiendo de la composición de las familias, se establecen unos límites distintos, (por ejemplo, los ingresos de los miembros de la unidad familiar, en el mes anterior a la solicitud de la moratoria, no han de alcanzar con carácter general el límite de tres veces el IPREM, límite que se incrementa por cada hijo o persona mayor de 65 años a cargo en la unidad familiar y por cada persona mayor de 65 años, así como en caso de discapacidad, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, y cuando el arrendatario sea persona con parálisis cerebral (entendemos que habrá sufrido el accidente después de celebrar el contrato del arrendamiento, ¿o se está pensando en contratos de arrendamiento de vivienda celebrados por el tutor de la persona con parálisis cerebral?), con enfermedad mental, o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocida igual o superior al 65 por ciento, *así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral*. Es muy loable el interés en proteger a quien más lo necesita, pero técnicamente es como una traca final. ¿No se puede decir lo mismo con menos palabras y más ajustadas a los conceptos jurídicos?

Se exige que la renta arrendaticia, más los gastos y suministros básicos, resulte superior o igual al treinta y cinco por ciento de los ingresos *netos* que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. En el RDL 11/2020 se aclara que a estos efectos debe entenderse por «gastos y suministros básicos» el importe del coste de los suministros de electricidad, gas, gasoil para calefacción, agua corriente, de los servicios de telecomunicación fija y móvil, y las posibles contribuciones a la comunidad de propietarios, «todos ellos de la vivienda habitual que corresponda satisfacer al arrendatario». Dos anotaciones en relación con este requisito. ¿Qué debemos entender por ingresos *netos*, es decir, qué gastos hay que descontar de los ingresos brutos percibidos por el conjunto de la unidad familiar? Por otro lado, dentro de los gastos y suministros básicos pueden estar incluidas cantidades que, por el contrato de arrendamiento, debe abonarlos el arrendatario porque se los traslada el arrendador (art. 20 LAU; en particular contribuciones a la comunidad de propietarios) y otras que se corresponden con servicios individualizados de la finca (por ejemplo, suministros de electricidad, gas, gasoil para calefacción, agua corriente) o personales del arrendatario (como los servicios de telecomunicación móvil).

Por último, en relación con la situación de vulnerabilidad económica a efectos de suspender el lanzamiento o la celebración de la vista en un juicio de desahucio, ¿es aplicable el artículo 5.3 RDL 11/2020, que prevé un supuesto en que en ningún caso cabrá entender que hay vulnerabilidad económica? Literalmente se circunscribe su supuesto de hecho (que el arrendatario o cualquiera de las personas que componen la unidad familiar sea propietaria o usufructuaria de alguna vivienda en España), a los efectos de obtener moratorias o ayudas en relación con la renta arrendaticia de la vivienda habitual. Y aunque las moratorias parecen estar referidas al pago de la renta (en los casos permitidos por los arts. 3 y 4 RDL 11/2020), no deberían aceptarse tampoco suspensiones extraordinarias en los juicios de desahucio cuando hay otra vivienda que puede ser ocupada o de la que se pueden

obtener rendimientos por la *unidad familiar*, y mucho menos si el arrendador es también una persona vulnerable, llenemos como llenemos este concepto legal introducido por el RDL 11/2020. En realidad, lo sorprendente es que se pueda llegar a la conclusión de que hay vulnerabilidad económica de acuerdo con el artículo 5.1 RDL 11/2020 cuando el arrendatario o algún miembro de la unidad familiar es titular de un patrimonio cuya existencia, por definición, impide considerar vulnerable a quien lo puede disfrutar (da igual si se trata de algún inmueble, vivienda, local o solar, joyas, o caballos de carrera). Y mientras que tiene sentido conceder suspensiones, moratorias y ayudas al arrendatario que se ha quedado en una situación precaria como consecuencia del coronavirus, a pesar de ser titular de una vivienda que no puede ocupar porque su uso se ha atribuido al cónyuge y sus hijos o le resulta inaccesible por su discapacidad (art. 5.3 *in fine* RDL 11/2020), no alcanzo a entender por qué puede haber vulnerabilidad económica cuando el derecho del arrendatario (de propiedad o usufructo) no recae sobre otra vivienda sino únicamente sobre una parte alícuota de la misma y se haya obtenido por herencia o mediante transmisión *mortis causa* sin testamento. En conclusión, me parece un disparate de norma el artículo 5.3 RDL 11/2020.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARGELICH COMELLES, C., «Una reformulación comparada del arrendamiento de vivienda: la oportunidad perdida del Real Decreto-Ley 7/2019», *Actualidad Civil*, n.º 1, enero 2020.
- BERNABÉU PÉREZ, I., «El incidente de suspensión de lanzamiento en el Real Decreto-Ley 11/2020», en *Práctica de Tribunales*, 2021, n.º 149.
- «La suspensión del lanzamiento por parte del Letrado de la Administración de Justicia en el Real Decreto-Ley 11/2020», en *Práctica de Tribunales*, 2021, n.º 149.
 - «La suspensión del lanzamiento del artículo 441.5 LEC y el Real Decreto-Ley 11/2020», en *Práctica de Tribunales*, 2021, n.º 149.
- CARRASCO PERERA, A., «Primeros problemas aplicativos de las prórrogas, condonaciones y moratorias arrendaticias del RD 11/2020- COVID-19», *Cesco*, 17 de abril de 2020.
- CORDÓN MORENO, F. J., «Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo. Suspensión del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos», *Gómez-Acebo y Pombo*, abril 2020.
- DEL SAZ DOMÍNGUEZ, L., «¿El Real Decreto Ley 37/2020 impide los desahucios durante el estado de alarma», *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, n.º 37/2021.
- GANUZA, J. J., y GÓMEZ POMAR, F., «Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso», *Indret*, 2.2020, pp. 558 y ss.
- GARCÍA RUBIO, M. P., «Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España», *Revista de Derecho Civil*, v. VII, n.º 2, mayo 2020 (especial), p. 18.
- GREGORACI, B., «El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIII, 2020, fasc. II, pp. 455-490.
- JIMENEZ PARÍS, T. A., «Arrendamientos de vivienda, epidemia del COVID-19 y estado de alarma», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 780, 2020, pp. 2430-2455.
- «Arrendamientos urbanos, epidemia del COVID-19 y estado de alarma (II). Suspensión de los desahucios con arreglo al Real Decreto-Ley 37/2020, de 23 de diciembre», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 784, marzo/abril 2021, pp. 1308 a 1335.

- MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Pandemia y moratoria arrendaticia», *Cesco*, 3 de abril de 2020.
- MINERO ALEJANDRE, G., «Contratos de arrendamiento de vivienda de estudiantes universitarios y COVID-19», *Blog Facultad de Derecho UAM*, 17 de septiembre de 2020.
- NASARRE AZNAR, S., «Llueve sobre mojado: el problema del acceso a la vivienda en un contexto de pandemia», *Derecho Privado y Constitución*, 2020, 37, pp. 273-308.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «El perverso artículo 4.2) del Real Decreto Ley 11/2020 y la estrategia del arrendador», *Las perlas jurídicas del COVID-19*, *Cesco*, mayo de 2020.
- QUICIOS MOLINA, M. S., «Las reformas de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 2013 y 2019. Particular atención al juicio de desahucio, el registro de arrendatarios morosos y el régimen transitorio. Medidas adoptadas durante el estado por el COVID-19», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, R. Bercovitz (coord.), 7.ª edición, ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 23-71.
- «El COVID-19 y los arrendamientos de vivienda: medidas excepcionales del Real Decreto-Ley 11/2020», *Cesco*, 3 de abril de 2020.
 - «¿El arrendatario de vivienda demandado en un juicio de desahucio tiene derecho a la moratoria excepcional de la deuda arrendaticia?», *Las perlas jurídicas del COVID-19*, *Cesco*, mayo de 2021.
- ROVIRA FERRER, I., «El impacto fiscal del COVID-19 en el arrendamiento de bienes inmuebles», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 784, marzo/abril 2021, pp. 1025-1058.

COVID Y ARRENDAMIENTOS DE LOCALES DE NEGOCIO

M.^a Susana QUICIOS MOLINA*

Resumen

Los arrendamientos de locales de negocio han sufrido de lleno los efectos de la pandemia. El legislador COVID ha previsto medidas excepcionales para ayudar a los arrendatarios que no han podido abrir sus negocios o han tenido importantes pérdidas, en todos los sectores de la economía y, en particular, en el sector turístico. Pero junto a estas disposiciones debemos tener en cuenta los remedios tradicionales contractuales para solucionar los muchos conflictos que están llegando a nuestros tribunales, con apoyo en la cláusula rebus sic stantibus. Las resoluciones judiciales que acuerdan medidas cautelares sobre los contratos y sus garantías ofrecen un campo de estudio muy interesante.

Palabras claves

Arrendamiento, local de negocio, cláusula rebus sic stantibus, garantías, medidas cautelares.

Abstract

Leases of business premises have suffered fully from the effects of the pandemic. The legislator Covid has provided exceptional measures to help tenants who have not been able to open their businesses or have had significant losses, in all sectors of the economy and, in particular, in the tourism sector. But together with these provisions we must take into account the traditional contractual remedies to solve the many conflicts that are coming to our courts, supported by the rebus sic stantibus clause. Court decisions that grant precautionary measures about contracts and guarantees offer a very interesting field of study.

* Profesora titular de Derecho Civil (acreditada a C. U.). Universidad Autónoma de Madrid. susana.quicios@uam.es. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación I+D+i «Retos de la Sociedad» RTI2018-097418-B-100, «Nuevas perspectivas de la responsabilidad civil. Revisión de la imputación objetiva como criterio delimitador de la causalidad». IP M.^a Pilar Álvarez Olalla.

Keywords

Leases of businnes premises, rebus sic stantibus clause, guarantees, precautionary measures.

SUMARIO: I. Objetivos de este estudio. II. Integración del contrato con disposiciones legales *ad hoc* excepcionales. 1. Contratos afectados por los RD Leyes 15/2020 y 35/2020. 2. Contratos celebrados por *grandes arrendadores*. 3. Contratos celebrados por *pequeños arrendadores*. 4. Moratorias arrendaticias en el sector turístico del RD Ley 25/2020. III. Alteración sobrevenida de circunstancias y arrendamientos. 1. Los remedios legales sinalagmáticos en tiempo de pandemia. 2. Aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. IV. Tutela preventiva: medidas cautelares acordadas. V. Bibliografía.

I. OBJETIVOS DE ESTE ESTUDIO

La pandemia que vivimos desde marzo de 2020 (o más bien sus efectos) (1) ha afectado profundamente a las obligaciones derivadas de los contratos de arrendamiento de inmuebles para desarrollar en ellos una actividad económica (usualmente llamados arrendamientos de local de negocio), así como a las garantías prestadas para asegurar su cumplimiento. En primer lugar, porque el legislador ha aprobado medidas excepcionales reconociendo, en sectores especialmente golpeados por la parada (o freno) de la economía (pensemos en tiendas, agencias de viajes, hoteles, restaurantes, bares... con caídas drásticas de ingresos), el derecho del arrendatario a pedir al arrendador reducciones y moratorias en el pago de la renta, justificando la novación de obligaciones contractuales ya nacidas en la extraordinaria alteración sobrevenida de las circunstancias en que se celebraron los contratos (2). Pero sobre todo porque, en supuestos no cubiertos por las leyes COVID

(1) Coincido con las apreciaciones de varios autores señalando que serán las medidas adoptadas como consecuencia de la emergencia sanitaria derivada de la pandemia y sus efectos lo que, en su caso, podrá ser considerado acontecimiento imprevisible e inevitable con trascendencia contractual –a los efectos de conceptualarlo como fuerza mayor o como sustento de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* (entre otros, GREGORACI, B. «El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIII, 2020, fasc. II, p. 459).

(2) En la Exposición de Motivos del RDL 15/2020, más abajo comentado, se declara expresamente que, ante la falta de previsión en la Ley de Arrendamientos Urbanos y en el Código Civil de soluciones idóneas al problema planteado, «procede prever una regulación específica en línea con la cláusula *rebus sic stantibus*, de elaboración jurisprudencial, que permite la modulación o modificación de las obligaciones contractuales si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual». En el RDL 35/2020, se reproduce esta motivación de las medidas establecidas, tendentes a reducir los gastos fijos de arrendamiento que soportan empresas y autónomos en riesgo de desaparición debido a la falta o minoración de sus ingresos como consecuencia de la pandemia.

(que son muchos)(3), o incluso en supuestos cubiertos(4), se está produciendo un alud de demandas judiciales sustentadas en este clásico concepto de la dogmática jurídica, la cláusula *rebus sic stantibus*, que persiguen (y están obteniendo)(5) la modificación de la obligación de pagar la renta(6): ha de resolverse el conflicto entre arrendatarios que demandan suspender el pago de la renta y continuar disfrutando del inmueble arrendado, o hacerlo a cambio del pago de una renta inferior, invocando la aplicación de dicha cláusula porque el cumplimiento de su principal obligación ha devenido extraordinariamente gravoso por una causa de fuerza mayor imprevisible e inevitable(7), y arrendadores que esperan el cumplimiento exacto de la obligación *–pacta sunt servanda–* y, en caso de incumplimiento, la resolución contractual (o entre arrendatarios que persiguen resolver el contrato sin la penalización pactada y arrendadores que aspiran al cumplimiento exacto de lo prometido). Es en estos procesos que ya están en curso, en los que se invoca fundamentalmente la aplicación, muy compleja(8), de la cláusula *rebus sic stantibus*, donde se ha planteado la tercera cuestión en que querría detenerme aquí, por su trascendencia en el concepto de tutela preventiva y por su actualidad (ya tenemos varias resoluciones judiciales de instancia): qué medidas cautelares procede acordar, mientras se sustancia el proceso, que cumplan los requisitos de apariencia de buen derecho, peligro en la demora y proporcionalidad.

Tres son, por tanto, los apartados en que a continuación se estructura este estudio, con la finalidad de ofrecer una panorámica general de la situación jurídica en que se encuentran, por causa de la pandemia, los arrendamientos de locales de negocios (o arrendamientos de industria, cuando se incluye un local como elemento del objeto arrendado), a la vez que se ahonda en las cuestiones conceptuales específicas que están en la base de los conflictos advertidos (en síntesis, ¿quién debe sufrir el riesgo de las desastrosas consecuencias económicas de la pandemia?):

(3) Se ha denunciado que solo un 3% de los arrendamientos de locales, por ser los arrendadores grandes tenedores, quedarían sujetos a las medidas imperativas aprobadas por el Gobierno, que en su primera versión (la del RDL 15/2020) también serían insuficientes porque lo que necesitan los arrendatarios es una reducción de la renta y no solo una moratoria en el pago (ESTEBAN, P., «El Covid obliga a rebajar los alquileres», *Cinco Días*, 25 enero 2021).

(4) CARRASCO PERERA, Á., «Gestión de las nuevas medidas anti-Covid para arrendamientos de locales de negocio (RD Ley 35/2020)», en *Cesco*, 5 febrero 2021, es muy crítico con la doctrina de tribunales favorable a aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* para conseguir más beneficios que los que pueden obtenerse con la aplicación de la normativa COVID.

(5) Una de las primeras resoluciones que conocemos es la SJPI n.º 20 de Barcelona, de 8 de enero de 2021: falló que procedía, durante un año, la rebaja a la mitad de la renta pactada en arrendamientos de pisos y locales para desarrollar un negocio hotelero, con base en la reducción de los ingresos de la arrendataria en un 83%. La situación «excepcional e imprevisible» encajaría en el concepto de cláusula *rebus sic stantibus*.

(6) Sobre la posible positivación legal de esta clásica regla, *vid.* GÓMEZ POMAR, F., y ALTI SÁNCHEZ-AGUILERA, J., «Cláusula *rebus sic stantibus*: viabilidad y oportunidad de su codificación en el derecho civil español», *Indret*, 1.2021.

(7) Tomo la definición de cláusula *rebus sic stantibus* de PEÑA LÓPEZ, F., «En busca de la reciprocidad perdida, ¿pero para qué tomarse la molestia?», *Las perlas jurídicas del Covid-19*, en *Cesco*, 28 de mayo de 2020.. Para un estudio más profundo, me remito a CASTILLA BAREA, M., «La doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*», en *Tratado de Contratos*, 3.ª ed., ed. Tirant lo blanch, 2020, pp. 1322 y ss., y AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La cláusula rebus sic stantibus*, ed. Tirant lo blanch, 2003.

(8) Aparte de justificar su aplicación, los tribunales deben decidir el alcance de la modificación contractual.

i) En el siguiente epígrafe me referiré a la integración del contrato con sobrevenidas medidas legales, extraordinarias, que son las contenidas, hasta la fecha, en los Reales Decretos-leyes 15/2020 y 35/2020 (aplicables a arrendamientos de locales sin especificación de actividades), así como en el Real Decreto Ley 25/2020 (aplicable a arrendamientos donde se desarrollan actividades del sector turístico con moratorias hipotecarias), y que merecen una interpretación detenida.

ii) A continuación, y para no invadir el terreno de otros comentaristas que estudiarán de manera monográfica conceptos generales como la cláusula *rebus* o la fuerza mayor, me centraré en cuestiones específicas de la alteración sobrevenida de las circunstancias de los contratos de arrendamiento de locales o industria, y en particular en los remedios sinalagmáticos en tiempo de pandemia, la desviación que puede suponer, respecto de jurisprudencia previa sobre *rebus sic stantibus* en arrendamientos, la nueva realidad, y la posible aplicación analógica de reglas como las contenidas en el artículo 26 LAU o el artículo 1575 CC.

iii) Por último, repasaré las peticiones de medidas cautelares que resultan de los autos judiciales ya publicados (suspensión y reducción de la renta, prohibición de resolución y de desahucio, no ejecución de garantías), incidiendo en sus justificaciones. Con el éxito de estas medidas cautelares se están consiguiendo soluciones establecidas por otros legisladores COVID continentales (9).

El conflicto entre arrendadores y arrendatarios ha podido solucionarse por acuerdo entre las partes, pactando una novación en ejercicio de su autonomía de la voluntad (art. 1255 CC por cierto, no puede dejar de citarse la STS 190/2021, de 3 de marzo, sobre qué puede calificarse como novación extintiva o modificativa); pero en los muchos casos sin acuerdo, para dar la razón al arrendador o al arrendatario hay que recurrir a los remedios de la teoría general de obligaciones y contratos que pudieran ser aplicables. Este conflicto, en el que ha entrado el legislador previendo aplazamientos y rebajas de la renta, ha dado pie a encontradas opiniones sobre quién debe, en definitiva, sufrir el riesgo de la pérdida de ingresos del arrendatario derivados de la explotación de un local de negocio como consecuencia de la pandemia (riesgo no previsto en el contrato antes de que se iniciara la pandemia). Si el riesgo fuera del arrendatario que explota el local, porque así deriva de la naturaleza del contrato, no podría exigirse una novación con base en la alteración sobrevenida de las circunstancias. Efectivamente, si este riesgo ya se previera, como comprobamos que ocurre en contratos posteriores a la declaración de la pandemia, con expresas *cláusulas COVID*, habrá que estar a la ley del contrato (STS 15 de enero de 2019 (10)). Veremos

(9) Resaltaba Gregoraci («El impacto...», cit., p. 473) que el legislador español de emergencia no ha optado por suspender la posibilidad de resolver el contrato por impago, como han hecho Francia, Alemania o Reino Unido.

(10) MILÁ RAFEL, R., «Cláusula *rebus sic stantibus* y contrato de arrendamiento: el riesgo de disminución de rentabilidad del negocio debe ser considerado propio de la arrendataria» *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 112/2020. En la sentencia comentada, el Tribunal Supremo razona que no es aplicable la cláusula para fundar una rebaja del arrendamiento porque el riesgo derivado de la disminución de los rendimientos de explotación del hotel como consecuencia de la crisis económica debe ser propio de la actividad empresarial de la arrendataria (empresa dedicada a la gestión hotelera), y además en el contrato las partes habían atribuido tal riesgo a la arrendataria al acordar una renta mínima garantizada

que, con instrumentos dogmáticos como la reciprocidad de las obligaciones, la cláusula *rebus sic stantibus* o el recurso a la analogía puede llegarse a distintas soluciones.

II. INTEGRACIÓN DEL CONTRATO CON DISPOSICIONES LEGALES AD HOC EXCEPCIONALES.

1. CONTRATOS AFECTADOS POR LOS RDL 15/2020 Y 35/2020

El Gobierno de España, en sucesivos Decretos-leyes (RDL 15/2020, de 21 de abril –para el primer estado de alarma–, y RDL 35/2020, de 22 de diciembre – para el segundo estado de alarma–)(11), ha aprobado una serie de disposiciones para atender a la difícil situación de quienes ejercen una actividad económica en locales arrendados y, como consecuencia de la pandemia, deben suspender su actividad por imperativo legal o sufren una drástica reducción de ingresos. También la Generalitat de Cataluña, en el Decreto Ley 34/2020, de 20 de octubre, ha aprobado disposiciones legales que inciden en la ejecución de contratos de arrendamiento de locales comerciales sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, buscando restablecer el equilibrio de las prestaciones de acuerdo con las exigencias de la buena fe (12), pero en ejercicio de una competencia que es muy discutible tenga al afectar a arrendamientos sujetos a una ley especial estatal civil (13). Son disposiciones aplicables a falta de acuerdo entre las partes del contrato (solución deseable), que prevén soluciones diversas, por lo que podría discutirse también sobre su compatibilidad, pero no parece en

y una pena convencional para desistir anticipadamente del contrato. Se aparta el Tribunal Supremo de la doctrina sentada en su Sentencia 591/2014, de 15 de octubre (RJ 2014, 6129) para un caso muy similar. *Vid.* también STS 5/2019, de 9 de enero: si el riesgo era previsible y se asumió, por una parte, no es posible apreciar la alteración sobrevvenida que, por definición, implica la no asunción del riesgo.

(11) El primer estado de alarma fue declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y tras sucesivas prórrogas duró hasta el 21 de junio de 2020; el segundo fue declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, y duró hasta el 9 de mayo de 2021.

(12) En este texto se distingue la suspensión de actividad acordada por autoridad competente de la reducción de ingresos, concediendo al arrendatario el derecho a una reducción de la renta e incluso la resolución del contrato. Se juega, también, con las garantías que hubiera prestado el arrendatario, distintas de la fianza, pues han de imputarse necesariamente por el arrendador y ser repuestas después. Ha criticado con contundencia esta ley CARRASCO PERERA, Á., «Alquileres catalanes anti-Covid. Una antología de derecho malo», *Cesco*, octubre 2020.

(13) CARRASCO PERERA, «Gestión...», cit., p. 8. En la exposición de motivos de este Decreto se conecta la regulación con la cláusula *rebus sic stantibus*, u onerosidad excesiva y sobrevvenida de las prestaciones contractuales, institución que, se dice, está estrechamente conectada con la rescisión por lesión y la ventaja injusta reguladas en el libro sexto del CC catalán. En todo caso, al tratarse de una ley vigente, ha de aplicarse en sus términos, lo que conduce, por ejemplo, a estimar posible la enervación de la acción de desahucio por el pago de la renta minorada permitida por este Decreto ley (acuerdo adoptado por los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona, el 12 de noviembre de 2020, consultado el 5 de mayo de 2021 en <https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/rebus-sic-stantibus-juzgados-de-barcelona-unifican-criterios-en-materia-de-arrendamientos/>).

ningún caso que puedan acumularse ventajas legales (14). En este trabajo solo estudiaré las normas estatales (15).

Aunque el contenido de los beneficios para el arrendatario (persona física o jurídica) es distinto (solo moratoria en el primer estado de alarma; con mejor criterio, moratoria o condonación parcial, a elección del arrendador, en el segundo estado de alarma), en sendos decretos-leyes estatales se establecen dos regímenes distintos dependiendo de si el arrendador es o no es una empresa o entidad pública de vivienda, o un gran tenedor (16). Y en todo caso los contratos afectados son los arrendamientos para uso distinto al de vivienda en los que se desarrolle alguna actividad económica por un arrendatario autónomo (persona física) o pyme (persona jurídica) y los arrendamientos de industria –como se deduce de la integración de los arts. 1 o 2 (dependiendo de si es el arrendador es *grande* o *pequeño*) y 3 de los decretos-leyes 15/2020 y 35/2020–. ¿Quedan comprendidos por las normas excepcionales COVID los arrendamientos de locales de negocio celebrados antes de la entrada en vigor de la LAU/1994, que sigan en vigor de acuerdo con la disposición transitoria 3.ª? ¿O los arrendamientos con prestaciones mixtas a cargo del arrendatario –*ad meliorandum* o aparcerías industriales– o coligados con otro contrato –arrendamiento y distribución–, por ejemplo? (17) Teniendo en cuenta que también están incluidos los arrendamientos de industria, y no solo los arrendamientos *puros* para uso distinto al de vivienda del artículo 3 LAU/1994, no encuentro razón para no permitir, en esos casos cuestionados, a los arrendatarios demorar el pago de la renta o reducirla; pues no están excluidos del tenor literal y lo relevante es la suspensión de la actividad o la caída brutal de facturación. Si se celebra un contrato con posterioridad a alguno de estos decretos-leyes, parece que la renta será la convenida en todo caso, sin posibilidad de acogerse el arrendatario a moratoria o reducción de la renta (18).

Efectivamente, también es común en ambos decretos-leyes la extensión de las ventajas reconocidas al arrendatario a dos supuestos distintos (y que algunos autores han discutido que esté justificado equiparar): i) uno es la suspensión de la actividad económica desarrollada por el arrendatario como consecuencia de las disposiciones legales declarando el estado de alarma o de órdenes dictadas por Autoridad competente; ii) el otro es la reducción de la facturación en, al menos, un 75 por ciento, cuando la actividad no se vea directamente suspendida [arts. 3, números 1 y 2, letras b) y c), de sendos decretos-leyes]. Recurre, por último, el legislador, en el artículo 5 tanto del RDL 15/2020 como del RDL 35/2020, a una medida preventiva de conductas deshonestas derivando una responsabilidad por daños de la conducta ilícita de beneficiarse de moratorias arrendaticias, o condonaciones de renta, sin reunir los requisitos para ello.

(14) Es sugerente la lectura de FUENTES-LOJO RIUS, A., *et alii*, «La eficacia territorial del Real Decreto Ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio», en *Actualidad Civil*, n.º 2, febrero 2021. En particular la opinión de Carmena Contreras, sobre la posible inconstitucionalidad del Decreto 34/2020 de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

(15) Sobre la trascendencia fiscal de las medidas, *vid.* ROVIRA FERRER, I., «El impacto fiscal del COVID-19 en el arrendamiento de bienes inmuebles», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 784, marzo/abril 2021, pp. 1025-1058.

(16) Persona física o jurídica titular de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m².

(17) CARRASCO PERERA, «Gestión...», *cit.*, p. 3, considera que todos estos contratos no están contemplados por la norma.

(18) CARRASCO PERERA, «Gestión...», *cit.*, p. 3, respecto del RDL 35/2020.

2. ARRENDAMIENTOS CELEBRADOS POR *GRANDES ARRENDADORES* (19)

En el primer estado de alarma (vigente desde el 14 de marzo hasta el 21 de junio de 2020), para el primer grupo de contratos (con *grandes arrendadores*) se previó una moratoria legal, en defecto de acuerdo entre las partes relativo a moratoria o reducción de la renta, que podía solicitar el arrendatario en el plazo de un mes desde la entrada en vigor del RDL 15/2020 (23 de abril de 2020); dicha moratoria se dispuso automática por el artículo 1.2 (carente de técnica, la norma declaraba incorrectamente en el artículo 1.1 *in fine* que debía ser aceptada por el arrendador), y consistía, en definitiva, en una financiación gratuita de la deuda arrendaticia cuyo pago se demoraba, pues el arrendador podía reclamar las rentas dejadas de percibir al término de la moratoria (que podía llegar a ser octubre de 2020) pero siempre dentro del plazo de vigencia del contrato de arrendamiento o de cualquiera de sus prórrogas. En el segundo estado de alarma (vigente, cuando se escribe este trabajo, desde el 25 de octubre de 2020 hasta el 9 de mayo de 2021), si el arrendador es una empresa pública o un gran tenedor, el arrendatario tiene derecho a exigir o una minoración de la renta del 50% o una moratoria para su pago, recordemos, tanto si se suspende directamente la actividad desarrollada en el local como si se reducen drásticamente los beneficios (20). Es importante incidir en el período de tiempo en que el arrendatario podrá disfrutar de estos cambios en su contrato (y aunque en este tiempo mejore su fortuna) (21): durante el tiempo que dure el estado de alarma declarado por Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, con sus prórrogas, y hasta cuatro meses después [art. 1.1, letras a) y b) RDL 35/2020], si bien se ha defendido que «las medidas de gracia no pueden extenderse retroactivamente a una fecha anterior a la solicitud por el arrendatario» (22), que solo habrá podido realizarse tras el 24 de diciembre de 2020. Igualmente es importante destacar que la declaración de voluntad del arrendatario ha de ser conocida por el arrendador (o por lo menos poder ser conocida *ex art.* 1262.II CC) antes de que expire el plazo previsto por el legislador (23).

El legislador ha corregido en el segundo decreto-ley algunos errores o carencias del primero. Así, la continuación de la moratoria (o reducción de la renta) hasta cuatro meses después del término del estado de alarma no se hace depender de que sea insuficiente este tiempo «en relación con el impacto provocado por el COVID-19», y ello evita conflictos y costes (compárense el art. 1.2 RDL 15/2020

(19) El colectivo de arrendatarios cuyos contratos serán afectados por las medidas legales sobre las que me detengo en este epígrafe son los contemplados por el art. 3 RDL 35/2020, que han de acreditar los requisitos exigidos para beneficiarse de las novaciones contractuales de acuerdo con lo dispuesto por el art. 4 RDL 35/2020.

(20) Esta opción se dio por el RDL 11/2020 a los arrendatarios de vivienda.

(21) CARRASCO PERERA, “Gestión...”, cit., p. 6.

(22) CARRASCO PERERA, “Gestión...”, cit., p. 2. A juicio de este autor, ahora sí queda claro, en el art. 1.3 RDL 35/2020, que la moratoria/condonación solo podrá aplicarse a partir del mes siguiente a contar del mes en que venza el plazo que el arrendador tiene para ejercitar la opción, y no, como parecía posible antes, a la mensualidad siguiente a la entrada en vigor del estado de alarma.

(23) CARRASCO PERERA, «Gestión...», cit., p. 2, explica bien que la solicitud del arrendatario es recepticia, de modo que tiene que llegar al ámbito de control posesorio del arrendador antes de la fecha límite.

y el art. 1.1.a) y b) RDL 35/2020) (24). Otra novedad es la exclusión expresa de la moratoria o donación, por ley, de los gastos comunes, derivados de servicios de mantenimiento o de otro tipo de los que el arrendatario se beneficia (por ejemplo, gastos de comunidad o de publicidad del centro comercial) (25), que pudieran estar a su cargo además de la renta (art. 1.2 RDL 35/2020). Es una medida claramente favorable a los arrendadores, pero resulta cuestionable que no se hayan repartido estos gastos entre arrendador (recordemos, gran tenedor) y arrendatario mientras este no obtiene ningún beneficio, o solo un 25% de los esperados. Por último, por lo que respecta al ámbito subjetivo de estas medidas excepcionales se ha excluido por el RDL 35/2020 a los arrendadores en concurso de acreedores y a los arrendadores que, de aplicarse moratoria o reducción de la renta, se encontrarían probablemente en situación de insolvencia o ante un riesgo de insolvencia inminente o actual de acuerdo con lo establecido en el RD Legislativo 1/2020 (art. 6.1). Ha considerado oportuno el legislador explicitar, aunque no hubiera sido necesario, que la carga de la prueba de la probable insolvencia corresponde al arrendador (art. 6.2 RDL 35/2020).

En la Exposición de Motivos del RDL 35/2020, el legislador sale al paso también de una posible tacha de inconstitucionalidad por lesión del contenido esencial de los derechos reconocidos por los arts. 33 y 38 de la Constitución (propiedad privada y libre empresa). Se defiende que la utilidad económica de la propiedad dada en arrendamiento, consistente en la percepción de la correspondiente merced arrendaticia, no se pierde hasta el extremo de vaciar de contenido el derecho fundamental, por lo que se respetaría la doctrina constitucional fijada en la STC 89/1994, de 17 de marzo (26). En particular, se utiliza el argumento de la subsidiariedad de la intervención, pues habrá que estar en primer lugar a lo que voluntariamente pacten arrendador y arrendatario (con ello se cumpliría con los juicios de idoneidad y necesidad exigidos por la doctrina constitucional), y el argumento de que con el mantenimiento de las relaciones existentes antes de la pandemia se facilita la solución de conflictos y se evita la pérdida de empleos, empresas y negocios, además de impagos, concursos y litigiosidad (juicio de proporcionalidad).

Pero el legislador de diciembre de 2020 también ha incurrido en otros errores y carencias. Por ejemplo, los pactos permitidos diferentes a la regulación legal: en el primer estado de alarma podía interpretarse que bastaba con su existencia previa (con moratorias inferiores), pero en el segundo estado de alarma estos pactos no impedirán la aplicación de los beneficios a los que tiene derecho el arrendatario si el tiempo de duración del acuerdo no comprende todo el estado de alarma y cuatro meses más (compárese el art. 1.1 RDL 15/2020 con el art. 1, apartados 1 y 4 RDL 35/2020). Ello, además de contrario a la libertad contractual, cuando ya las partes pueden tener en cuenta el riesgo COVID, es simplista por la riqueza de pactos imaginables que no pueden compararse con la regulación imperativamente impuesta

(24) CARRASCO PERERA, «Gestión...», cit., p. 3, quien no obstante critica la incorrecta expresión empleada («podrá»).

(25) Carrasco, sin embargo, pone este ejemplo de gastos de publicidad como concepto atípico que en todo caso debería pagar el arrendatario porque los contratos con prestaciones mixtas no están afectados por el RDL 35/2020 (CARRASCO PERERA, «Gestión...», cit., p. 5).

(26) En esta sentencia se resolvió una cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964 (texto refundido), que preveía la prórroga forzosa de los arrendamientos urbanos.

(¿son admisibles condonaciones de renta inferiores a la legal, pero por un tiempo superior, o moratorias más cortas con condonaciones superiores al 50% de la renta, o beneficios materialmente distintos a los legales?) (27). Es un buen argumento a favor de estos pactos la excepcionalidad de la norma, que impide su aplicación a supuestos no previstos, si bien podría interpretarse también que entonces no hay pacto a tener en cuenta para evitar la aplicación de los beneficios legales a favor del arrendatario (se aplicaría el artículo 1.1 y no el artículo 1.4 RDL 35/2020). Ambas tesis pueden llevar a soluciones indeseadas, bien porque la protección legal del arrendatario queda desnaturalizada, bien porque se le sobreprotege. Por otra parte, moratorias o condonaciones acordadas a cambio de alguna contraprestación del arrendatario, creo que son exigibles, aunque esa contraprestación no se cumpla, porque sería contraria a norma imperativa (28).

El sistema de moratoria establecido dificulta mucho el cobro de la renta aplazada en contratos próximos a su finalización, ya que el arrendatario tiene derecho a que se fraccione el pago durante dos años (29): ¿el arrendador puede prorratear la renta aplazada en menos tiempo si quedasen menos de dos años de vigencia del contrato? No lo contemplaba la letra de la ley en el RDL 15/2020, pero defender lo contrario llevaría a la inexigibilidad de la deuda (salvo que las partes acordasen prorrogar la duración del contrato). El legislador de diciembre de 2020, al regular la moratoria del segundo estado de alarma, no ha aclarado esta cuestión, interpretándose que el arrendador puede concentrar la renta aplazada en las mensualidades que resten después de la moratoria (30).

¿Puede acumularse una segunda moratoria, o la reducción de la renta permitida, a la moratoria del primer estado de alarma? Téngase en cuenta que, en el terreno de la hipótesis, podría extenderse la vigencia de un contrato sin percepción de renta ninguna por el arrendador, o con una renta reducida a la mitad, desde marzo de 2020 hasta septiembre de 2021. Sin disposición expresa que establezca otra cosa en el RDL 35/2020, terminado el plazo máximo de la primera moratoria (octubre de 2020), entiendo que el arrendador podrá ir reclamando al arrendatario las rentas aplazadas durante los dos años siguientes, tiempo en el que, también a falta de disposición en contrario, cabe exigir una segunda moratoria de las rentas que se vayan devengando a partir de octubre o una reducción a la mitad de estas mensualidades posteriores a 2020, salvo que ello lleve al arrendador a la insolvencia (art. 6 RDL 35/2020) o no haya margen temporal para que el arrendador recupere las rentas aplazadas. La continuación de la situación de emergencia que motiva la intervención legislativa en los contratos de arrendamiento, y el mantenimiento del músculo

(27) *Vid.* CARRASCO PERERA, «Gestión...», cit., pp. 4 y 5, quien alude a una posible condonación de los gastos de comunidad o a un acuerdo de mejoras en la finca, entre otros pactos imaginables. Su opinión es que no se aplicará el art. 1.4 RDL 35/2020 porque, como norma excepcional, no puede extenderse por analogía a supuestos no previstos. También defiende este autor que los pactos sujetos a esta regulación excepcional son los anteriores a la entrada en vigor del RDL 35/2020, no los posteriores.

(28) No tengo claro que Carrasco opine igual, pues sostiene que cuando las partes acuerdan una condonación parcial de la renta a cambio de que el arrendatario se haga cargo del alquiler del local vacante contiguo, el incumplimiento de la obligación faculta al arrendador para resolver el acuerdo novatorio con efectos retroactivos (CARRASCO PERERA, «Gestión...», cit., p. 6).

(29) Recordemos que la moratoria afectó al período de tiempo que duró el estado de alarma y sus prórrogas y, si este plazo hubiese sido insuficiente para superar el impacto provocado por el COVID-19, a las mensualidades siguientes, hasta un máximo de cuatro (art. 1.2 RDL 15/2020).

(30) CARRASCO PERERA, «Gestión...», cit., p. 2.

financiero de los grandes arrendadores, podría justificar que no solo los arrendatarios sin problemas en la primera ola de la pandemia se aprovechen de los beneficios legales (31). Ha de tenerse en cuenta que seguimos estando ante sectores fuertemente golpeados por la pandemia desde que se declaró, sin actividad (y por tanto sin ingresos) o con unos ingresos muy reducidos (un 25% como máximo de la facturación respecto del mes con el que se compare: la facturación del mes natural anterior al que se solicita el aplazamiento o la reducción de la renta se compara con la facturación media mensual del trimestre al que pertenece dicho mes referido al año anterior).

¿Cabe exigir la moratoria por el arrendatario incumplidor de sus obligaciones? Se ha defendido que sí solo en el caso de que no se hubiera instado ya la acción de desahucio, pues en ningún caso se paralizaría este: el arrendatario no puede disfrutar de moratorias o condonaciones en tiempo de litispendencia (32). En mi opinión, podría continuar el juicio por impago de obligaciones debidas, pero mientras no se declare resuelto el contrato por el juez parece razonable que el arrendatario sin actividad ninguna o muy reducida se beneficie de las mismas ventajas que el resto de arrendatarios (también a efectos del cálculo de la posible indemnización debida).

¿Puede actualizarse la renta mientras dura la moratoria legal o se abona solo la mitad? No hay inconveniente en admitir la actualización, aunque la renta actualizada solo se podrá reclamar cuando finalice la moratoria o reducida a la mitad (en este segundo caso la renta base será la previa a la condonación parcial, salvo acuerdo en contrario) (33). En el caso de que se subarrendara o cediera el arrendamiento por el arrendatario una vez obtenida la moratoria o condonación legal, se ha defendido que en caso de traspaso el cesionario no tendría derecho a beneficiarse de dichas moratoria o condonación, que se extinguirían, y tendría que pagar los incrementos a los que se refiere el artículo 32.2 LAU partiendo de la renta inicial (que efectivamente sería la renta en vigor al decaer la posible reducción) (34). Si se tratase de un subarriendo, la existencia de moratoria (que creo subsistiría) no privaría al arrendador de la elevación de la renta correspondiente, pero solo podría exigirla al término de aquella; y en caso de estar pagando una renta reducida, el porcentaje de elevación permitido por el artículo 32 LAU se aplicaría sobre la renta previa a la reducción.

Por último, tampoco se ha preocupado el legislador COVID de arrendamientos de locales por aclarar la suerte de las garantías del pago de la renta en caso de moratoria o reducción. ¿Pueden beneficiarse los fiadores o avalistas de los mismos beneficios que el arrendatario? Se ha defendido que la moratoria sí beneficia al garante, pero no la condonación de la deuda, pues asumió el riesgo de la renta mientras que el arrendador no asumió el riesgo de una condonación legal (35).

(31) En opinión de CARRASCO PERERA, «Gestión...», cit., pp. 7-8, es indudable que no se pueden acumular moratorias del 15 con moratorias del 35: «En la medida en que todas estas medidas cursan a costa de una parte contractual, como expropiación redistributiva sin justiprecio, no advino justificación para que se patrocine una regla de cúmulo».

(32) CARRASCO PERERA, «Gestión...», cit., p. 3.

(33) CARRASCO PERERA, «Gestión...», cit., p. 5.

(34) CARRASCO PERERA, «Gestión...», cit., p. 6.

(35) CARRASCO PERERA, «Gestión...», cit., p. 8.

3. ARRENDAMIENTOS CELEBRADOS POR *PEQUEÑOS ARRENDADORES*

Respecto de arrendamientos de local o industria celebrados con un *pequeño arrendador*, es decir, ni empresa o entidad pública de vivienda ni gran tenedor (arrendamientos que son la inmensa mayoría), el legislador COVID ha previsto que se puede solicitar por el arrendatario necesitado (debe cumplir los requisitos del artículo 3 RDL 15/2020 y 35/2020) el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta siempre que dicho aplazamiento o una rebaja de la renta no se hubiera acordado voluntariamente (arts. 2.1 RDL 15/2020 y RDL 35/2020). Para hacer atractivo este acuerdo, y evitar una contienda judicial de difícil resolución porque el legislador no obliga a un determinado aplazamiento, se utiliza la fianza arrendaticia, equivalente como mínimo a dos mensualidades de la renta, que ha debido entregar el arrendatario al celebrar el contrato para que el arrendador la deposite en el organismo autonómico correspondiente (art. 36.1 y disp. adic. 3.^a LAU). Si ese acuerdo se alcanza, la fianza podrá ser recuperada antes del término del contrato para que el arrendador la impute al pago total o parcial de alguna o algunas mensualidades de la renta arrendaticia (así ha de interpretarse «las partes podrán disponer libremente de la fianza»). Como el depósito de las fianzas arrendaticias supone una fuente de financiación para las Comunidades Autónomas, la obligación de éstas de devolver antes de tiempo la fianza repercutirá en sus arcas (36).

Se trata de un ligero desahogo para el arrendatario, que queda obligado a reponer el importe gastado de la fianza para enjugar rentas en el plazo de un año desde la celebración del acuerdo, o en el plazo que reste de vigencia del contrato si fuera inferior a un año. En definitiva, antes de su finalización, para que el arrendador pueda tenerla a su disposición entonces y destinarla a su finalidad (por ejemplo, reparar desperfectos del inmueble). Supone, por tanto, esta disposición excepcional una afectación de la fianza, cuyo destino, como prenda irregular, es garantizar el cumplimiento de las obligaciones por el arrendatario. La ley permite su disposición previa a la extinción del contrato por el arrendador, pero no como él quiera sino de la manera en que se acuerde con el arrendatario. Esta medida se traduce en una facultad de recuperar antes de tiempo la fianza depositada, que deberá ser devuelta por la Administración para que pueda imputarse a rentas intermedias. Dos cuestiones: i) ¿Qué sanción tiene el incumplimiento de esta obligación legal añadida? La posibilidad de desahuciar al arrendatario. ii) ¿Deberá depositar el arrendador la nueva fianza entregada por el arrendatario? No parece conforme con la buena fe que haya de hacerlo si el contrato está próximo a extinguirse.

(36) El legislador catalán, en el art. 2.1.d) Decreto 34/2020, ha excluido expresamente de esta posible imputación al pago de la renta de cantidades con finalidad de garantía, la fianza legal obligatoria y otras garantías depositadas en el organismo oficial competente (como resalta Echevarría Summers en FUENTES-LOJO RIUS, A., *et alii*, «La eficacia territorial...», cit.).

4. MORATORIAS ARRENDATICIAS EN LOCALES DONDE SE DESARROLLA UNA ACTIVIDAD ECONÓMICA DEL SECTOR TURÍSTICO. EL RDL 25/2020

En este sector específico, el legislador COVID ha previsto otra moratoria del pago de la renta, si el arrendador del local donde se desarrolla una actividad económica relacionada con el turismo (37) se beneficia de una moratoria hipotecaria, solicitada a su instancia o a la del arrendatario (art. 7 RDL 25/2020, de 3 de julio) (38). Desde un punto de vista dogmático, estas disposiciones legales excepcionales ofrecen al intérprete tanto otro ejemplo de novación legal del contrato limitada en el tiempo, como un ejemplo de acción subrogatoria mal configurada. Y nos exigen plantearnos, por último, cómo se coordina la moratoria específica prevista con las moratorias genéricas más arriba estudiadas.

El arrendatario tiene derecho a lo que la ley llama, sin demasiado desarrollo normativo de su contenido, moratoria en el pago de la renta de al menos un 70% de la cuantía de la moratoria hipotecaria, «siempre que dicho aplazamiento o la condonación total o parcial de la misma no se hubiera conseguido ya por acuerdo entre ambas partes» (art. 7.1 RDL 25/2020). Entiendo que con esta norma se le concede al arrendatario que no haya disfrutado de otras moratorias o condonaciones legales o convencionales más beneficiosas, el derecho a reclamar una reducción de la renta arrendaticia durante el tiempo que abarque la moratoria hipotecaria concedida a su arrendador (39), equivalente a ese 70% de la cuantía de la moratoria hipotecaria, porque un aplazamiento de su pago carece absolutamente de regulación. Efectivamente, la duración del préstamo y del arrendamiento no tienen por qué ser iguales, ni mucho menos, y carecemos de datos legales para llenar esta norma tan defectuosa técnicamente. Por ejemplo, si el arrendador, deudor hipotecario, hubiera solicitado y conseguido una moratoria del pago de doce mensualidades de 2.550 euros de principal cada una (capital sin intereses remuneratorios), el arrendatario que pague 3.100 euros de renta mensual tendrá derecho a pagar durante 12 meses solo 1.315 euros (3.100 euros menos 1.785 euros). Aunque la moratoria hipotecaria en el sector turístico se traduce o en una redistribución de las cuotas sin modificación del plazo de vencimiento ni alteración del tipo de interés aplicable, o en una suspensión del pago de las mensualidades procedentes, de modo que se extiende el plazo de vigencia del préstamo por todo ese tiempo en que estuvo suspendido el pago, la moratoria

(37) Se trata de las ejercidas en territorio español señaladas en la DA 3ª del RDL 25/2020 (art. 4 RDL 25/2020).

(38) Esta posible moratoria hipotecaria debe ser la del art. 3 RDL 25/2020 (moratoria de préstamos hipotecarios otorgados para la financiación de inmuebles afectos a una actividad turística), que beneficia a prestatarios con garantía hipotecaria que experimenten dificultades financieras a consecuencia de la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19 y no se hayan beneficiado de otras moratorias (legales, como las previstas por los Decretos-leyes 8/2020 y 19/2020, o voluntarias). Sobre esta moratoria y sus efectos, *vid.* AGÜERO ORTIZ, A., «Guía actualizada sobre las moratorias en préstamos hipotecarios y préstamos personales frente al COVID-19», en *Cesco*, 2 de abril de 2020; y MARÍN LÓPEZ, M. J., «Efectos de la moratoria legal hipotecaria del RD-Ley 8/2020», en *Cesco*, 13 de enero de 2021.

(39) La moratoria hipotecaria en el sector turístico ha podido solicitarse por el arrendador desde el 7 de julio de 2020 y hasta el 30 de septiembre de 2020 (o, en su caso, el plazo ampliado que fije la Autoridad Bancaria Europea en sus Directrices sobre moratorias de los reembolsos de préstamos).

arrendaticia solo puede interpretarse como condonación de una parte de la renta (70%) y no aplazamiento de su pago.

¿Pero tiene derecho el arrendatario a la mal llamada moratoria (porque se trata en realidad de una condonación) si el arrendador, aun reuniendo los requisitos para solicitarla de su entidad bancaria, no lo hace? Calla la ley sobre este extremo, pero entiendo que no, y no cabría integrar la laguna con lo dispuesto por el artículo 7.2 RDL 25/2020, que admite la subrogación del arrendatario que reúna los requisitos para la moratoria hipotecaria sin ser él el deudor hipotecario, porque estamos ante una norma excepcional. ¿Y tiene que cumplir el arrendatario los mismos requisitos que el deudor hipotecario, establecidos en el art. 3 RDL 25/2020? Entiendo que sí, por razones sistemáticas y teleológicas, aunque literalmente solo hay una remisión al artículo 6.5 por el artículo 7.3 RDL 25/2020 (en relación con los efectos de la moratoria cuando se benefician personas jurídicas que cumplan los requisitos del art. 3). No hay razón que justifique que el arrendador pierda parte de los beneficios del arrendamiento de local hipotecado en el hipotético caso de que la actividad económica del arrendatario no atravesase graves dificultades financieras.

Por otra parte, lo que más interesa del artículo 7 RDL 25/2020 es su número 2, pues las dificultades financieras exigidas para solicitar la moratoria hipotecaria (resumidamente, reducción de ingresos o facturación de la menos un 40% en el promedio mensual de los meses de marzo a mayo de 2020 comparado con el promedio mensual de los mismos meses del año 2019), pueden ser del arrendatario no deudor hipotecario, y entonces para conseguir la moratoria del pago de la renta ha de pasarse por la moratoria hipotecaria del arrendador. Las dudas que plantea esta norma son muchas. Para empezar, se legitima al arrendatario para que inste de su arrendador la solicitud de la moratoria hipotecaria: será el arrendador y no el arrendatario el gravado con la carga de solicitar la moratoria hipotecaria, con la documentación necesaria suministrada por el arrendatario, pero ¿y si el arrendador no lo hace? ¿Podrá subrogarse el arrendatario en el lugar del arrendador –deudor hipotecario– frente a la entidad bancaria para que le sea concedida a dicho arrendador la moratoria hipotecaria? ¿O tendrá derecho en todo caso el arrendatario a la moratoria arrendaticia sobre la base de una moratoria hipotecaria figurada?

Por último, no es descartable que el arrendador –deudor hipotecario– sea un gran tenedor, y el arrendatario atravesase muchas dificultades financieras (suspensión de actividad o reducción de ingresos, como exige el art. 4 RDL 15/2020 –luego art. 4 RDL 35/2020–). El arrendatario entonces tendrá derecho a solicitar la moratoria del art. 7 RDL 25/2020, que puede extenderse por todo el tiempo que dure la moratoria hipotecaria, y la renta minorada podrá ser objeto de otra minoración o retraso. Una es específica, otra es general, pero la razón de ser es distinta. No obstante, el inciso final del artículo 7 RDL 25/2020 parece excluir la moratoria legal específica cuando el aplazamiento o la condonación total o parcial se hubiera conseguido ya por acuerdo entre las partes.

III. ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE CIRCUNSTANCIAS Y ARRENDAMIENTOS

1. LOS REMEDIOS SINALAGMÁTICOS LEGALES EN TIEMPO DE PANDEMIA

Brevemente me voy a referir, bajo este rótulo, a tres aportaciones de la doctrina que me parecen sugerentes.

La causa del arrendamiento de local de negocio (o industria) es obtener una utilidad del objeto arrendado a cambio de un precio, y el arrendador se obliga a proporcionar esa utilidad dentro del riesgo contractual que asume a cambio de la renta que se obliga a pagar el arrendatario (obligación de mantenerle en el goce pacífico de la cosa arrendada *ex art. 1554.3.  CC*). Resulta dudoso si la imposibilidad de obtener la utilidad pactada, por disposición legal o imposición gubernativa calificable de fuerza mayor (*factum principis*), es riesgo del arrendador, de modo que el arrendatario estaría facultado para no pagar la renta mientras la actividad económica est  suspendida (*exceptio inadimpleti contractus*). De mantenerse esta tesis, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* como fundamento de la suspensión o moratoria del pago de la renta, o de su reducción, quedaría circunscrita al tiempo en que el negocio puede ya desarrollarse, pero la caída de los ingresos del arrendatario como consecuencia de la pandemia justifica tales modificaciones del contenido obligacional (40). En los casos en que el riesgo de la imposibilidad de cumplimiento sea del arrendador, y no se proporcione el goce pacífico de la cosa arrendada, el arrendatario podría resolver el contrato, sin penalización.

Por otra parte, los efectos de la pandemia también están sometiendo a debate el remedio resolutorio en caso de que quisiera emplearlo el arrendador por incumplimiento del arrendatario de sus obligaciones. Si el arrendatario tuviera la obligación de mantener la industria arrendada en funcionamiento, y no lo hiciera porque no puede debido a la suspensión de toda actividad por ley o disposición gubernativa, el ejercicio de la facultad de resolución podría limitarse porque no sería conforme a la buena fe (41).

Se ha sostenido por algún autor que durante el tiempo en que los locales arrendados deben permanecer cerrados por imperativo legal durante el estado de alarma, y a falta de norma que distribuya el perjuicio entre ambos contratantes por el cese forzoso de actividad, cabe suspender el contrato y, en consecuencia, la obligación de pagar la renta por tratarse de una situación análoga a la inhabilitación de la vivienda o el local como consecuencia de la realización de obras acordadas por una

(40) Un excelente resumen de esta polémica doctrinal, que ha enfrentado fundamentalmente a los profesores Carrasco y Pantaleón, puede encontrarse en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Incidencia del Real Decreto Ley 15/2020 sobre los arrendamientos para uso distinto del de vivienda», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, R. Bercovitz (coord.), 7  edición, ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 941 y ss. Se tiende a considerar que son más los partidarios de no distinguir estos dos tiempos a la hora de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* (FUENTES-LOJO RIUS, A. (coord.), *et alii*, «Cláusula *rebus sic stantibus* y arrendamiento de local de negocio. La posible suspensión del contrato», en *Actualidad Civil*, n.  4, abril 2020).

(41) Lo apunta PANTALEÓN PRIETO, F., «Arrendamiento de local de negocio y suspensión legal de actividades empresariales», en *Almacén de Derecho*, entrada del 23 de abril de 2020.

autoridad competente (arts. 26 y 30 LAU) (42). También se ha puesto sobre la mesa la posible aplicación analógica de la regla contenida en el artículo 1575 CC.

2. APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

Habrá que esperar a que se pronuncie el Tribunal Supremo (con conocidas doctrinas jurisprudenciales diferentes, en relación con la naturaleza restrictiva o no de esta figura) (43), pero creo que hay pocas dudas sobre la posible aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a los contratos arrastrados por los efectos de la pandemia, cual *tsunami* sanitario, económico y social. El riesgo de pandemia no estaba en nuestro horizonte, y por ello cabe considerarlo imprevisible e inevitable, por insólito (44). Ahora bien, sus discutibles efectos permiten ríos de tinta, pues ¿cuáles deben ser las consecuencias contractuales de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*? ¿Qué modificaciones cabe considerar exigibles para recuperar el equilibrio contractual? ¿Cabrán incluso admitir la resolución del contrato? Ya están dictándose en la instancia sentencias que admiten la resolución de un contrato de arrendamiento con base en la cláusula rebus (por ejemplo, por algún Juzgado de Pamplona, en el verano de 2021). Por otra parte, también encontramos en la práctica algunos problemas de naturaleza procesal que procede, siquiera, esbozar.

No parece defendible aplicar con carácter general la cláusula, y cargando en cualquier caso todo el riesgo en el arrendador, pues una medida tan excepcional

(42) Salas Carceller (en FUENTES LOJO: «Cláusula rebus...», cit.).

(43) El ponente de las SSTs 333/2014, de 30 de junio, 591/2014, de 15 de octubre, y 64/2015, de 24 de febrero, habla de nueva doctrina jurisprudencial sobre la clásica cláusula *rebus sic stantibus*, que tiende a una aplicación normalizada de la misma con fundamento en la regla de la conmutatividad del comercio jurídico y el principio de buena fe (directrices de orden público económico que deben informar nuestro derecho patrimonial). ORDUÑA MORENO, J., «La cláusula “rebus sic stantibus” y la crisis derivada del coronavirus», en *Revista Aranzadi Digital*, n.º 1/2020 (BIB 2020\9720). En apoyo de la tradicional doctrina restrictiva del TS, CARRASCO PERERA, CCJC, n.º 98/2015; esta doctrina tradicional ha sido retomada por el Tribunal Supremo en 2019. En virtud de la cláusula *rebus sic stantibus* cabe defender que el juez disponga un contenido contractual distinto (y, en consecuencia, deje de tener eficacia lo pactado) cuando la finalidad económica del contrato se frustra o desaparece la proporcionalidad de las prestaciones, como consecuencia de un cambio imprevisto y extraordinario de las circunstancias tenidas en cuenta al celebrar el contrato (desaparece la base del contrato), convirtiendo en excesivamente oneroso para una de las partes el cumplimiento de lo pactado. No está prevista con carácter general por el ordenamiento español, a excepción del Derecho civil navarro: ley 498 del Fuero Nuevo (Ley 1/1973, de 1 de marzo, tras su modificación por la Ley foral 21/2019, de 4 de abril, en vigor desde el 16 de octubre de 2019), incluida en el Capítulo III (de la revisión de las obligaciones). El Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones. Se trata con esta doctrina (así como con las doctrinas de la base del negocio o la desaparición sobrevenida de la causa), de asignar el riesgo de mayor onerosidad de su prestación por una alteración sobrevenida de las circunstancias tenidas en cuenta al celebrar el contrato a una de las partes, en contra de lo acordado en el contrato. La doctrina clásica, retomada en 2019, se aplicó por ejemplo en STS 243/2012, de 27 de abril (desestima demanda de arrendadora –El Corte Inglés– para incrementar la renta de un arrendamiento de *parking* de larga duración alegando evolución de la economía y aumento de gastos como superficiario como integrantes de una *rebus sic stantibus*).

(44) Es muy sugerente la lectura del capítulo 1 del libro de HARARI, *Homo Deus*, ed. Debate, 2015, pp. 11-82, titulado «La nueva agenda humana», en el que el famoso pensador parte de la premisa de que la humanidad, en los albores del tercer milenio, ha conseguido someter a su control la hambruna, la peste y la guerra, por lo que no vive pendiente de que estos males puedan ocurrir.

solo puede justificarse en los casos y momentos contractuales en que las consecuencias de la pandemia convierten en excesivamente onerosa la prestación de pagar el precio del arrendamiento, y con una estricta función reequilibradora de la economía contractual. Las demandas ante los tribunales se suceden porque no se alcanzan acuerdos entre las partes que satisfagan a ambas, de modo que asistiremos durante bastante tiempo a una sucesión de resoluciones judiciales que tratarán de hacer justicia en el caso concreto. O bien porque es el arrendatario quien demanda la modificación de su contrato, y de entrada reclama la tutela preventiva de sus derechos (necesariamente en un juicio ordinario), o bien porque es el arrendador quien demanda el desahucio por impago de la renta (o de otras cantidades asumidas por el arrendatario), además de las cantidades debidas: y atención, entonces, arrendadores, porque la oposición, en este segundo grupo de demandas, de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* puede llevar a rechazar el juicio verbal instado por el arrendador por considerarlo inadecuado al concurrir indiciariamente cuestiones complejas que requieren un juicio ordinario (45). Pero aunque la suspensión del desahucio puede conseguirse oponiendo la cláusula *rebus sic stantibus*, también se ha matizado, para evitar abusos, que no será motivo en todo caso para dicha suspensión, por prejudicialidad civil, la presentación por el arrendatario de una demanda solicitando la revisión de las rentas contractuales, o el reembolso de rentas abonadas indebidamente, o la adopción de medidas cautelares en estos procedimientos (se trata de dos de los acuerdos de los Juzgados de Barcelona adoptados en reunión telemática el 12 de noviembre de 2020 para unificar criterios en materia de arrendamientos y *rebus sic stantibus*, no vinculantes pero muy importantes porque, su adopción por mayoría, permitirá una mayor seguridad jurídica aun debiendo estarse a las circunstancias del caso concreto (46)).

El argumento de que la fijación de una renta mínima y una renta variable traslada todo riesgo al arrendatario, por lo que no procedería una aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* para modificar el contenido contractual (última doctrina jurisprudencial referente a incidencia en contratos de arrendamiento de la crisis financiera aparecida en 2008) (47), no se está aceptando por nuestros tribunales en las resoluciones conocidas sobre medidas cautelares con ocasión de la pandemia por coronavirus. Así, en el AAP Valencia, Sección 8.^a, 10 febrero 2021, se responde a la arrendadora demandada que no procede llegar a tal conclusión «en el contexto en el que nos encontramos con una crisis humanitaria sin precedentes a nivel mundial» (FD 3.^o). Me parece correcta la argumentación de que los cambios legislativos o crisis económicas cíclicas son riesgos normales previsibles (que justifican la restrictiva doctrina jurisprudencial), mientras que cabía calificar de imprevisible, antes de marzo de 2020, que pudiera producirse el colapso económico que estamos sufriendo como

(45) Así se ha fallado, por ejemplo, por la SJPII Orotava, n.º 1, de 31 de marzo de 2021 (noticia consultada el 5 mayo 2021 en <https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/jurisprudencia/la-aplicacion-de-la-clausula-rebus-a-un-contrato-de-arrendamiento-debe-resolverse-en-un-juicio-ordinario/>).

(46) Noticia consultada el 5 de mayo de 2021 en <https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/rebus-sic-stantibus-juzgados-de-barcelona-unifican-criterios-en-materia-de-arrendamientos/>. Con acierto se acuerda que el juicio verbal de desahucio no es el procedente si el arrendatario pretende que se decida sobre la reducción de la renta con apoyo en la cláusula *rebus sic stantibus*.

(47) Un caso reciente se ha resuelto, aplicando esta jurisprudencia restrictiva de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, por la SJM n.º 6 de Madrid, de 25 de abril de 2019 (JUR 2019\162616), en un incidente concursal de arrendataria de industria.

consecuencia de la pandemia. El riesgo de reducción drástica de ingresos, e incluso falta total de los mismos, derivados de una actividad profesional, comercial, etc., como consecuencia de la pandemia, no es razonable que lo sufra enteramente el arrendatario de local o industria, y quede obligado en todo caso a pagar la renta o sufrir la resolución del contrato por incumplimiento.

¿Esta cláusula *rebus sic stantibus* puede tener juego en un juicio sumario de desahucio? No se podría fijar en ese juicio una nueva renta conforme con la cláusula alegada, pero sí se ha admitido por los tribunales su alegación como motivo de oposición al desahucio de forma análoga a la excepción de fuerza mayor (48).

IV. TUTELA PREVENTIVA: MEDIDAS CAUTELARES ACORDADAS

La actualidad judicial nos ofrece interesantes resoluciones de la instancia sobre locales afectados por las consecuencias de la pandemia, que buscan una modificación de sus contratos (normalmente, la exención o reducción de la renta durante un tiempo), con apoyo en la cláusula *rebus sic stantibus* o, en algún caso, en la existencia de un acuerdo novatorio. Son varias las cuestiones que pueden exponerse aquí, pero me centraré en el momento procesal en que pueden solicitarse tales medidas cautelares y qué contenido pueden tener, con especial atención al cumplimiento de los requisitos de apariencia de buen derecho y peligro en la demora procesal (art. 728 LEC).

En cuanto al tiempo de su solicitud, encontramos en la práctica de nuestros tribunales tanto medidas cautelares solicitadas junto con la demanda principal de modificación del contrato como medidas cautelares previas a la interposición de la demanda, *inaudita parte*. La aceptación de las segundas es problemática, y en algún caso se ha considerado necesaria la celebración de vista con audiencia del demandado (así, en el caso resuelto por el AJPI Barcelona, Sección 26.^a, n.º 70/2021, de 22 de febrero (49)). Pero debemos mencionar también, por su relevancia económica y rigor de la resolución, el caso enjuiciado por el Juzgado de Primera Instancia n.º 39 de Madrid, en su Auto 305/2021, de 23 de marzo (50), que aceptó las medidas cautelares solicitadas, *inaudita parte*, por uno de los principales operadores del sector de la venta al por menor en aeropuertos, arrendatario de locales propiedad de AENA (51).

(48) Acuerdos de unificación de criterios de los jueces de primera instancia de Barcelona de 12 de noviembre de 2020, recogido por LEONARDO ZORRILLA, A., «¿Es la reducción forzada de renta en arrendamiento de local de negocio la evolución normativa de la cláusula “rebus sic stantibus”?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 968/2020 (BIB 2020\37382).

(49) Id. Cendoj: 0819420262021200001.

(50) Id. Cendoj: 28079420392021200001.

(51) También se reclaman *inaudita parte* en el caso resuelto por el AAP Valencia, Sección 8.^a, n.º 43/2021, de 10 de febrero (sobre el que me extiendo más adelante), y en el resuelto por el AJPI Barcelona, Sección 26.^a, n.º 70/2021, de 22 de febrero (Id. Cendoj: 0819420262021200001). En el AJPI Barcelona, Sección 32.^a, n.º 424/2020, de 23 de diciembre (Id. Cendoj: 08019420322020200001), el magistrado apoya la concesión de las medidas cautelares solicitadas *inaudita parte* en el anuncio, por parte de la arrendadora, de ejecutar inmediatamente el aval bancario pactado (se trata de la prohibición de ejecución del aval bancario, la suspensión de la obligación de prestar nuevo aval bancario y la reducción de la renta fijada en el contrato). Otro ejemplo en AJPI Barakaldo, Sección 3.^a, n.º 221/2020, de 1 de septiembre (Id. Cendoj 48013420032020200002). Medidas semejantes se han concedido por el AJPI Ibiza, n.º 5, de 10 de mayo de 2021.

Por lo que respecta al contenido de las medidas cautelares que se están aceptando en las resoluciones judiciales estudiadas, cabe sintetizarlas en cinco tipos, atendiendo a las distintas peticiones de los arrendatarios de locales contra sus arrendadores (para que tengan eficacia mientras dura el procedimiento, e incluso con carácter retroactivo): i) suspensión del pago de la renta acordada, o de una parte, y, consecuentemente, prohibición de la resolución del contrato por incumplimiento de dicha obligación y de la interposición de una demanda de desahucio (52); ii) además, en algunas demandas se solicita expresamente la prohibición de toda inclusión en un registro de morosos, que debería ser una consecuencia automática de la suspensión del pago de la renta; iii) reducción de la renta, o incluso supresión total, durante el tiempo oportuno; iv) prohibición de ejecución de garantías prestadas por terceros (y suspensión de la obligación de prestar otras nuevas), accesorias a dicha obligación (53); v) suspensión del pago de gastos comunes, o reducción de los mismos (54). Todas estas peticiones pueden encontrar sustento legal en las medidas 7.º o 11.º previstas por el artículo 727 LEC, pero lo trascendental será demostrar el *fumus bonus iuris* y el *periculum in mora*.

Efectivamente, para otorgar medidas cautelares relacionadas con contratos de arrendamiento de locales de negocio, y por cuánto tiempo, ha de probarse la apariencia de buen derecho y el peligro de mora procesal (además de prestar caución adecuada) (55), requisitos que pueden darse respecto de algunas de estas medidas cautelares, pero no de otras, o dependiendo de las circunstancias en que se encuentre el arrendatario. Es interesante, a este respecto, el AJPI Tarragona, Sección 3.ª, n.º 313/2020, de 13 de diciembre, que aun aceptando la prohibición de toda reclamación de rentas o acción de desahucio, así como de la inclusión en registros de morosos, mientras dure el procedimiento (fundado en la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*), rechaza la revisión de la renta y de los gastos de mantenimiento de las zonas comunes, así como un período de carencia, mientras esté vigente el estado de alarma y en caso de nuevo rebrote COVID, pues la adopción de estas medidas

(52) Destacamos, como ejemplo, las medidas concedidas en el caso resuelto por el AAP Valencia, Sección 8.ª, n.º 43/2021, de 10 de febrero: aplazamiento durante la tramitación del procedimiento del pago del 50% de la renta mínima pactada correspondiente a los meses de junio de 2020 a marzo de 2021, en que comenzará la nueva temporada hotelera, y desde entonces mantenimiento de la medida «únicamente en el caso de que subsistan las actuales restricciones legales de aforo y acceso en frontera a turistas europeos».

(53) Valga como ejemplo el caso resuelto por el AJPI Barcelona, Sección 26.ª, n.º 70/2021, de 22 de febrero (Id. Cendoj: 0819420262021200001): se había otorgado por el Banco Santander un aval bancario a primer requerimiento en garantía de las obligaciones dimanantes del contrato de arrendamiento celebrado, por lo que se solicita como medida cautelar *inaudita parte* que se prohíba a la arrendadora su ejecución, así como al avalista hacerlo efectivo; así mismo, se solicita la suspensión de la obligación de prestar nuevo aval bancario en garantía de las obligaciones dimanantes del contrato.

(54) En el citado AJPI Barakaldo, Sección 3.ª, n.º 221/2020, de 1 de septiembre, entre otras medidas cautelares adoptadas se acuerda una reducción del 50% en la totalidad de los gastos y contribuciones relacionadas con el centro comercial donde se ubica el negocio de la actora.

(55) Por falta de espacio no voy a detenerme en este tercer requisito (art. 728.3 LEC), muy interesante por lo que respecta a la fijación de la cuantía procedente. Las cauciones exigidas en algunos casos son verdaderamente bajas: así, el AJPI Tarragona, n.º 2, de 13 diciembre 2020 (en el que me detengo inmediatamente), solo entiende, razonadamente, exigible una caución equivalente a una mensualidad de renta mínima (que no llega a 3.000 euros), y el AJPI Barakaldo, Sección 3.ª, n.º 221/2020, de 1 de septiembre, establece una caución de dos mensualidades de renta mínima.

«supondría una anticipación del fallo y no un aseguramiento de su efectividad» (56). En cambio, sí se estimaron las medidas cautelares instadas por la arrendataria de reducción a cero de la renta mientras esté paralizada la actividad hotelera, y de reducción proporcional al descenso de pernoctaciones en Cataluña respecto del ejercicio de 2019, por el AJPI Barcelona, Sección 32, n.º 424/2020, de 23 diciembre, aceptando la existencia de peligro en la demora ante el riesgo de insolvencia de la actora (57).

El *fumus boni iuris* se sustenta en la cláusula *rebus sic stantibus* y, en algún caso, en la existencia de acuerdos novatorios (sirve de indicio, entonces, la negociación previa). Dicho *fumus boni iuris* se está admitiendo por los tribunales en caso de cierre de establecimientos abiertos al público, por orden gubernativa, pues a pesar de la estricta última doctrina jurisprudencial sobre la citada cláusula, la crisis sanitaria, social y económica derivada de la pandemia no es comparable con ningún otro cambio de circunstancias que hayan experimentado las últimas generaciones (58). Y también, aunque es distinto, en caso de pérdida de clientela por circunstancias sobrevenidas, cuando la actividad económica no está suspendida, cabe acreditar, de forma indiciaria, la excesiva onerosidad del negocio o frustración del fin del contrato como consecuencia de una reducción desproporcionada de los ingresos.

Los distintos efectos económicos de la pandemia, atendiendo a la suspensión o no de la actividad desarrollada en el local o industria arrendados, son tomados en consideración para darle un contenido distinto a la solicitud de reducción de la renta como medida cautelar. Así, en el caso resuelto por el AJPI Barcelona, Sección 26.^a, n.º 70/2021, de 22 de febrero (59): renta cero desde el 15 de marzo de 2020 hasta la reanudación de la actividad hotelera desarrollada en el local arrendado; para el tiempo posterior, y hasta la resolución del pleito, reducción de la renta en proporción al descenso de actividad (por ejemplo, pernoctaciones en hotel de cinco estrellas) o pérdida de ingresos respecto del año anterior (60).

V. BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ, A., «Guía actualizada sobre las moratorias en préstamos hipotecarios y préstamos personales frente al COVID-19», en *Cesco*, 2 de abril de 2020.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La cláusula rebus sic stantibus*, ed. Tirant lo blanch, 2003.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Incidencia del Real Decreto Ley 15/2020 sobre los arrendamientos para uso distinto del de vivienda», en *Comentarios a la Ley de Arren-*

(56) Id. Cendoj: 43148420032020200001. Sí aceptó el establecimiento de un período de carencia en el pago de la renta durante la vigencia del estado de alarma, así como para el supuesto de nuevo rebrote, el AJPI Barakaldo, Sección 3.^a, n.º 221/2020, de 1 de septiembre.

(57) Id. Cendoj: 080194203220200001. En este caso se ofrece una caución de casi 700.000 euros.

(58) En el AAP Valencia, Sección 8.^a, n.º 43/2021, de 10 de febrero (Id. Cendoj: 46250370082021200003), se habla de crisis humanitaria sin precedentes a nivel mundial. *Vid.* también AJPI Barcelona, Sección 26.^a, n.º 70/2021, de 22 de febrero (Id. Cendoj: 0819420262021200001).

(59) Id. Cendoj: 0819420262021200001.

(60) Respecto de un gimnasio, también suspende la obligación de pagar la renta mientras está cerrado por orden administrativa, y la reduce al 40% desde que reabra el negocio, el AJPII Palencia, n.º 7, 26/2021, de 9 de febrero. Con anterioridad lo decidió el JPI Barcelona, n.º 20, Auto 1/2021, de 8 de enero.

- damientos Urbanos*, R. Bercovitz (coord.), 7.^a edición, ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 937-948.
- CARRASCO PERERA, A., «Permítame que le cuente la verdad sobre COVID-19 y fuerza mayor», *Cesco*, 17 abril 2020.
- «Alquileres catalanes anti-Covid. Una antología de derecho malo», *Cesco*, octubre 2020.
- «Gestión de las nuevas medidas anti-Covid para arrendamientos de locales de negocio (RD Ley 35/2020)», en *Cesco*, 5 febrero 2021.
- CASTILLA BAREA, M., «La doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*», en *Tratado de Contratos*, 3.^a ed., ed. Tirant lo blanch, 2020, pp. 1322 y ss.
- CORDERO LOBATO, E., «¿La moratoria hipotecaria es imperativa o puede pactarse una novación alternativa?», *Las perlas jurídicas del Covid-19*, *Cesco*, 28 de mayo de 2020.
- ESTEBAN, P., «El Covid obliga a rebajar los alquileres», *Cinco Días*, 25 enero 2021.
- FUENTES-LOJO RIUS, A. (coord.), *et alii*, «Cláusula *rebus sic stantibus* y arrendamiento de local de negocio. La posible suspensión del contrato», en *Actualidad Civil*, n.º 4, abril 2020.
- FUENTES-LOJO RIUS, A. (coord.), *et alii*, «La eficacia territorial del Real Decreto Ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio», en *Actualidad Civil*, n.º 4, abril 2020.
- FUENTES-LOJO RIUS, A., «Carta a la plataforma de afectados por el COVID-19 en centros comerciales», *Cinco Días*, 22 mayo 2020, (<https://search.proquest.com/newspapers/catala-plataforma-de-afectados-por-el-covid-19/docview/2405762230/se-2?accountid=14478>).
- GANUZA, J. J., y GÓMEZ POMAR, F., «Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso», *Indret*, 2.2020.
- GÓMEZ POMAR, F., y ALTI SÁNCHEZ-AGUILERA, J., «Cláusula *rebus sic stantibus*: viabilidad y oportunidad de su codificación en el derecho civil español», *Indret*, 1.2021.
- GREGORACI, B., «El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIII, 2020, fasc. II, pp. 455-490.
- HARARI, Y. N., *Homo Deus. Breve historia del mañana*, ed. Debate, 2016.
- LEONARDO ZORRILLA, A., «¿Es la reducción forzada de renta en arrendamiento de local de negocio la evolución normativa de la cláusula “*rebus sic stantibus*”?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 968/2020 (BIB 2020\37382).
- MARÍN LÓPEZ, M. J., «Efectos de la moratoria legal hipotecaria del RD-Ley 8/2020», en *Cesco*, 13 de enero de 2021.
- MILÁ RAFEL, R., «Cláusula *rebus sic stantibus* y contrato de arrendamiento: el riesgo de disminución de rentabilidad del negocio debe ser considerado propio de la arrendataria», *CCJC*, n.º 112/2020.
- ORDUÑA MORENO, J., «La cláusula “*rebus sic stantibus*” y la crisis derivada del coronavirus», en *Revista Aranzadi Digital*, n.º 1/2020 (BIB 2020\9720).
- ORTI VALLEJO, A., «Apunte sobre la suspensión de la obligación de pago de la renta de los locales de negocio a los que se les ha prohibido la apertura de sus establecimientos como consecuencia de la declaración del estado de alarma», *Cesco*, 2020.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Arrendamiento de local de negocio y suspensión legal de actividades empresariales», en *Almacén de Derecho*, entrada del 23 de abril de 2020.
- PEÑA LÓPEZ, F., «En busca de la reciprocidad perdida, ¿pero para qué tomarse la molestia?», *Las perlas jurídicas del Covid-19*, en *Cesco*, 28 de mayo de 2020.
- ROVIRA FERRER, I., «El impacto fiscal del COVID-19 en el arrendamiento de bienes inmuebles», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 784, marzo/abril 2021, pp. 1025 a 1058.

PRÉSTAMOS Y PANDEMIA

Ricardo PAZOS CASTRO*

Resumen

Los contratos de préstamo son posiblemente uno de los aspectos en los que las implicaciones de la pandemia han resultado más evidentes para el común de los ciudadanos, obligando a los poderes públicos a adoptar ciertas medidas excepcionales. Esta contribución presenta la principal problemática derivada de la pandemia en el marco de los préstamos, expone las moratorias, suspensiones y aplazamientos que se han aprobado en España como solución regulatoria puntual, y realiza una serie de reflexiones generales con la mirada puesta en el futuro.

Palabras claves

Préstamo, crédito, fuerza mayor, moratoria, suspensión, período de carencia, aplazamiento, vulnerabilidad, período de gracia.

Abstract

Loan agreements are possibly one of the aspects where the implications of the pandemic have been most evident to ordinary people, thus compelling public authorities to take some extraordinary measures. This contribution presents the main problems derived from the pandemic with regard to loans, explains moratoriums, suspensions and deferments passed in Spain as a one-off regulatory solution, and makes a few general observations looking ahead to the future.

Keywords

Loan, credit, force majeure, moratorium, suspension, interest-only period, deferment, vulnerability, grace period.

* Profesor ayudante doctor de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid. E-mail: ricardo.pazos@uam.es.

SUMARIO: I. Introducción. II. Obligaciones pecuniarias, imposibilidad sobrevenida, y cláusula *rebus sic stantibus*. III. Las moratorias y otras medidas análogas adoptadas en el ámbito de los préstamos. IV. Algunas líneas de reflexión para el futuro. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La pandemia de COVID-19 ha tenido importantes consecuencias en todos los ámbitos de la vida en sociedad. Todos los sectores del Derecho se han visto afectados de un modo u otro, si bien existen algunas figuras que han atraído una mayor atención. Dentro de la contratación, una de ellas ha sido la de los préstamos de dinero. Y es que, si como dice la Biblia «el que toma prestado es siervo del que le presta» (1), esto puede verse exacerbado como consecuencia del impacto económico de las medidas adoptadas por los poderes públicos para intentar frenar los contagios. De hecho, pronto se hizo evidente que muchas personas tendrían dificultades para reembolsar sus préstamos. Ahora bien, la situación es complicada no solo para los prestatarios, sino también para los prestamistas. Estos últimos se han desprendido de algo confiando en la restitución, mientras que los deudores ya se están beneficiando de la utilidad que les reporta el negocio. Ciertamente, «esta no es solo una crisis de deudores» (2). El Derecho de obligaciones y contratos no se adapta bien a un contexto de pandemia, las soluciones que exigen un análisis de las circunstancias del caso concreto no son prácticas por su lentitud y por el riesgo de colapso de los tribunales, y una respuesta legislativa de carácter urgente no garantiza un resultado positivo. Lo anterior ha llevado a propugnar enfoques basados en principios (3), pero esto tampoco está libre de problemas, porque su traducción a reglas concretas no siempre es sencilla (4). En todo caso, cualquier respuesta ante los problemas originados por la pandemia en las relaciones contractuales debe tomar en consideración la existencia de diferentes intereses dignos de protección (5).

El presente trabajo se estructura del siguiente modo. El apartado II trata la imposibilidad sobrevenida y la cláusula *rebus sic stantibus* en relación con las obligaciones pecuniarias, en tanto que instituciones clásicas relevantes, dada la

(1) Proverbios, 22:7. Según la versión que se utilice se alude al «deudor», a la condición de «esclavo», y al «acreedor».

(2) GÓMEZ LIGÜERRE, C., «Fuerza mayor», *InDret*, n.º 2, 2020, p. III.

(3) Cfr: COVID-19- CONSUMER LAW RESEARCH GROUP, «Consumer Law and Policy Relating to Change of Circumstances Due to the COVID-19 Pandemic», *Journal of Consumer Policy*, vol. 43, n.º 3, 2020, pp. 437-440.

(4) Cfr: los principios para la crisis del COVID-19 elaborados por el *European Law Institute* (https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_for_the_COVID-19_Crisis.pdf), y en particular el n.º 12 sobre moratorias en pagos regulares y el n.º 13 sobre fuerza mayor y *hardship*.

(5) GARCÍA RUBIO, M. P., «Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, n.º 2 (especial), 2020, pp. 17-18.

problemática principal generada por la pandemia en el marco de los préstamos (6). A continuación, el apartado III se ocupa de las moratorias y otras figuras similares aprobadas por los poderes públicos españoles como medidas de urgencia. La presentación de esta normativa extraordinaria, más allá de proporcionar una visión ordenada de la misma, permite señalar algunos de sus puntos débiles, lo que sirve para corregir errores de cara a eventuales acontecimientos extraordinarios futuros con efectos similares a los de esta crisis sanitaria. Esto conecta con la mirada prospectiva que se efectúa en el apartado IV, ofreciendo alguna línea de reflexión.

II. OBLIGACIONES PECUNIARIAS, IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA, Y CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

El artículo 1182 del CC contempla la extinción de las obligaciones de dar una cosa determinada en caso de que esta se pierda, mientras que el artículo 1184 del CC prevé la extinción de las obligaciones de hacer por imposibilidad sobrevenida, noción que se aplica analógicamente a las obligaciones de dar (7). A la imposibilidad es equiparada la dificultad extraordinaria, pero no la simple dificultad (8). Para liberarse de la obligación, la imposibilidad debe ser «extraordinaria y racionalmente imprevisible» (9), no imputable al deudor y producirse antes de haberse constituido en mora (10), y en principio objetiva (la prestación no es susceptible de cumplimiento por nadie); una imposibilidad subjetiva para el deudor concreto extingue la obligación cuando es personalísima (11). No obstante, a las obligaciones pecuniarias no les resultan aplicables las causas de extinción citadas, como consecuencia de la regla *genus nunquam perit* (12). Tampoco la imposibilidad que es solo temporal. Como es bien sabido, esta última tiene efectos meramente suspensivos (13), salvo que el cumplimiento tardío deba considerarse un

(6) Aunque desde un punto de vista teórico podría ser interesante referirse al préstamo de otros bienes fungibles, así como al comodato e incluso al arrendamiento de cosa, el menor interés práctico que han suscitado en el marco de la crisis sanitaria justifica no abordarlos en este estudio, debido a las limitaciones de extensión.

(7) SSTS (Sala 1.ª) de 21 de abril de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:2355) y de 20 de julio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3027). Todas las sentencias del Tribunal Supremo citadas en adelante son de la Sala 1.ª.

(8) SSTS de 6 de octubre de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:6304) y de 10 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5568).

(9) SSTS de 20 de mayo de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:3527) y de 20 de julio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3027).

(10) SSTS de 23 de febrero de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:1149) y de 30 de abril de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:3107).

(11) Cfr. MARÍN LÓPEZ, M. J., «Artículo 1182», en Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8703-8711, 8717-8718.

(12) STS de 19 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2344), FD séptimo, punto 5. En la misma línea, cfr. STS de 28 de mayo de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:4165); MARÍN LÓPEZ, M. J., «Artículo 1182», *cit.*, pp. 8703 y 8716.

(13) SSTS de 30 de abril de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:3107) y de 21 de junio de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4295).

incumplimiento total (14). En esta línea, la insolvencia del deudor no tiene efecto liberatorio. Se trata de una imposibilidad subjetiva no imprevisible, y aun cuando se derive de acontecimientos en sí mismos inevitables, incluidos los relacionados con la salud, sus consecuencias económicas sí lo son (15).

No parece que la crisis sanitaria actual altere los planteamientos anteriores (16). Sin embargo, alguna voz mantiene que sí cabe suspender el pago de las cuotas de un préstamo alegando la imposibilidad sobrevenida derivada del impacto económico de la pandemia. El argumento principal es el artículo 1105 del CC, según el cual «nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables»; pero también menciona los períodos de gracia contemplados en el párrafo tercero del artículo 1124 del CC y en el artículo 11 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (LVPBM) (17). Esta argumentación se apoya en opiniones que, en el contexto de la anterior crisis económica, buscaban en los preceptos mencionados medios para impedir la aplicación de las cláusulas de vencimiento anticipado (18).

La aplicación analógica del artículo 11 de la LVPBM no sería del todo descartable (19). El precepto faculta al juez para señalar nuevos plazos o alterar los convenidos, con carácter excepcional, si concurren «justas causas apreciadas discrecionalmente, tales como desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otros infortunios». Se trata de un «remedio de equidad para una situación anormal» (20), para supuestos imprevisibles, insólitos, excepcionales y extraordinarios (21); y el juez también puede, en su caso, determinar un recargo por los aplazamientos, de modo que los intereses del acreedor no son olvidados. Por el contrario, el fundamento del artículo 1105 del CC es más discutible. Los artículos 1182 y 1184 del CC, por un lado, y el artículo 1105, por otro, no se proyectan sobre la misma materia. Los dos primeros prevén la extinción de la obligación por la imposibilidad de cumplir (dando lugar a la mera suspensión si la imposibilidad es temporal), por lo que concurriendo los requisitos correspondientes no habrá incumplimiento alguno. Por su parte, el tercero recoge una causa de exoneración de responsabilidad,

(14) MARÍN LÓPEZ, M. J., «Artículo 1182», *cit.*, pp. 8715-8716. *Cfr.* art. 8:108(2) de los Principios del Derecho contractual europeo y art. III.-3:104(3) del Borrador del Marco Común de Referencia.

(15) *Cfr.* STS de 19 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2344), FD séptimo, punto 8.

(16) ÁLVAREZ, S., «Pandemia, fuerza mayor y cláusula rebus sic stantibus a la luz de la Jurisprudencia», *Diario La Ley*, n.º 9619, 23 de abril de 2020 (LA LEY 3974/2020), apartado II; SERRANO DE NICOLÁS, Á., «Fuerza mayor y cláusula rebus sic stantibus entre la imposibilidad sobrevenida y la excesiva onerosidad por el confinamiento derivado del Covid-19», *Diario La Ley*, n.º 9625, 5 de mayo de 2020 (LA LEY 4141/2020), apartado II.

(17) MARTÍN FUSTER, J., «Suspensión del pago del préstamo hipotecario a causa del Coronavirus: Supuestos dentro y fuera del ámbito del Real Decreto-Ley 8/2020 y problemas prácticos», *Diario La Ley*, n.º 9605, 1 de abril de 2020 (LA LEY 3401/2020), apartado III.

(18) *Cfr.* RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «Algunas reflexiones sobre las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, tras las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016», *Diario La Ley*, n.º 8791, 27 de junio de 2016 (LA LEY 4246/2016), puntos IV.1.b) y f).

(19) GREGORACI, B., «El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIII, fasc. II, 2020, p. 474.

(20) SALVADOR BULLÓN, H., *Las ventas a plazos según la nueva ley*, 2.ª ed., Madrid, 1966, p. 93 (refiriéndose al precepto análogo de la antigua ley en la materia, a saber, el art. 13 de la Ley 50/1965, de 17 de julio).

(21) SAP de Málaga (Sección 6ª) de 8 de julio de 1998 (Referencia Aranzadi: AC 1998, 6305).

lo que solo tiene sentido si se verifica un incumplimiento(22). Por consiguiente, las dificultades económicas sufridas por un prestatario como consecuencia de la pandemia no sirven para suspender su obligación de reembolsar el préstamo, aunque quizás sí para enervar su responsabilidad por daños y perjuicios. A pesar de que alguna afirmación *obiter dictum* pudiera generar dudas al respecto (23), la exoneración de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor también opera en las obligaciones pecuniarias; algo que recogen expresamente los comentarios de la norma equivalente de los Principios del Derecho contractual europeo (art. 8:108) (24) y del Borrador del Marco Común de Referencia (art. III.-3:104) (25).

En resumen, la insolvencia es un riesgo asumido por el prestatario, por lo que deberá cumplir su prestación; pero si el incumplimiento se considerase no imputable a él, no deberá compensar al prestamista por los daños causados (26). En este sentido, conviene reflexionar mínimamente sobre si el incumplimiento es o no imputable al prestatario. Aun cuando la pandemia sea un acontecimiento imprevisible e inevitable, como lo son las medidas decretadas por los poderes públicos, no está claro que lo sean una disminución de ingresos o la falta de liquidez. Esta última es la causa inmediata de que el deudor no pueda reembolsar el préstamo, y, considerada en abstracto, podría haberse producido por motivos distintos a la crisis sanitaria. Es posible proclamar como regla general que la evolución de la economía personal constituye un riesgo que cualquier persona que solicita un préstamo debe tener en mente (27). De hecho, los comentarios de los Principios del Derecho contractual europeo y del Borrador del Marco Común de Referencia declaran que la insolvencia no es *normalmente* un impedimento fuera del control del deudor que excuse su incumplimiento y enerve su responsabilidad por daños –como sí lo sería una prohibición gubernamental de transferir fondos–, por cuanto el riesgo de las actividades del deudor le corresponde a este, de modo que no sería necesario entrar a valorar la previsibilidad y evitabilidad del acontecimiento subyacente. Además, incluso si dicho acontecimiento fuese ajeno a la esfera de control del deudor, sería preciso que no cupiese razonablemente esperar de él que evitase o superase sus consecuencias. Pero también debe admitirse que, si bien algunas contingencias son previsibles, su prolongación en el tiempo durante un período más o menos largo podría no serlo; lo que entonces justificaría la exoneración de responsabilidad (28).

A la vista de que no reembolsar el préstamo constituye un incumplimiento contractual, y quizás imputable al prestatario, viene a la mente una eventual resolución del contrato por parte del prestamista *ex art.* 1124 del CC. Aun cuando el

(22) Cfr. MARÍN LÓPEZ, M. J., «Artículo 1182», *cit.*, p. 8709.

(23) Cfr. STS de 19 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2344), FD séptimo, punto 6.

(24) COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW (Eds. LANDO, O., BEALE, H.), *Principles of European Contract Law (Parts I and II)*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, p. 379.

(25) STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) (Eds. VON BAR, C., CLIVE, E.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, vol. I, Sellier, Munich, 2009, p. 783.

(26) Cfr. FUENTES-LOJO RIUS, A., «Alteración de circunstancias e incumplimiento de obligaciones contractuales. Algunos conceptos clave», *Diario La Ley*, n.º 9658, 22 de junio de 2020 (LA LEY 7373/2020).

(27) SAP de Madrid (Sección 11.ª) de 18 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:APM:2014:18313).

(28) Cfr. COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, *op. cit.*, pp. 379-381; STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *op. cit.*, pp. 783-785.

préstamo sea en principio un contrato real del que surgen obligaciones únicamente para una de las partes, el referido precepto es aplicable cuando el prestatario asume compromisos adicionales al simple reembolso del capital prestado, señaladamente el abono de intereses; ya que hay una reciprocidad entre el aplazamiento de la recuperación del capital y el pago de estos (29). Sin embargo, esta vía no parece muy interesante para el prestamista. Aun cuando consiguiese demostrar que estamos ante un incumplimiento resolutorio, algo que no sería tan fácil, el juez podría conceder un plazo adicional al prestatario, pues a ello le autoriza el artículo 1124 del CC si existen «causas justificadas».

Descartada la imposibilidad temporal como argumento para poder suspender el pago de una obligación pecuniaria, se plantea el recurso a la cláusula *rebus sic stantibus* para paliar las dificultades experimentadas, figura que sí opera en las obligaciones de entregar una suma de dinero (30). Para ello, habría que justificar que se ha producido una alteración de las circunstancias extraordinaria e imprevisible, que como consecuencia de ello la prestación resulta excesivamente onerosa en el caso concreto (una crisis económica en abstracto o por sí sola no es suficiente (31), y tampoco puede serlo el impacto económico de una crisis sanitaria), y que las dificultades económicas temporales no son un riesgo normal o inherente de acuerdo con la naturaleza y el contenido del contrato celebrado (32). La obra y el número del AFDUAM en los que se enmarca la presente contribución recogen diferentes estudios sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, por lo que no procede desarrollar el tema aquí. Pero no conviene dejar de hacer algunos apuntes.

Aparentemente, en no pocas relaciones jurídicas concurrirían los requisitos para aplicar la cláusula *rebus*, si bien la temporalidad de las dificultades justificaría la adaptación del contrato únicamente en el sentido de conceder una prórroga en el plazo de cumplimiento (33). Dicho lo anterior, en realidad es discutible que tales requisitos sean reunidos en los contratos de préstamo. Cuando el problema consiste en una falta de liquidez resulta complicado hablar de una excesiva onerosidad de la prestación, a lo que se añade que ese riesgo corresponde al deudor (34). No debe obviarse, sin embargo, alguna resolución judicial previa a la pandemia que aplicó la figura en un contrato de préstamo hipotecario, considerando los efectos de la crisis económica sobre el mercado de trabajo, habiéndose visto afectada la prestataria. Las partes fueron emplazadas a renegociar el tipo de interés remuneratorio (variable) para distribuir justa y equitativamente las consecuencias del cambio de circunstancias; quedando expresamente abierta la posibilidad de modificación judicial del contrato a falta de acuerdo, a través de «una quita, una espera o [...] ambas» (35). Sea como fuere, la solución basada en la cláusula *rebus sic stantibus*

(29) STS (Pleno) de 11 de julio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2551).

(30) Cfr: STS de 19 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2344), FD séptimo, punto 7.

(31) STS (Pleno) de 17 de enero de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1013); refrendada por las SSTS de 30 de junio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2823) y de 24 de febrero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1698).

(32) Cfr: SSTS de 24 de febrero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1698) y de 20 de julio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3027).

(33) ÁLVAREZ, S., *loc. cit.*, apartados III-IV.

(34) GREGORACI, B., *loc. cit.*, pp. 465-468.

(35) SAP de Baleares (Sección 3.ª) de 25 de julio de 2014 (ECLI:ES:APIB:2014:1475).

probablemente sea poco práctica, entre otras cosas por su lentitud (a la que contribuiría un eventual colapso judicial)(36).

A continuación, se hablará de las moratorias y medidas análogas que se aprobaron en España para mitigar las consecuencias económicas de la pandemia en el ámbito de los préstamos. Como conclusión a este apartado, puede decirse que, en principio, el hecho de haberse acogido a una de estas medidas excepcionales no impide al beneficiario solicitar la modificación del contrato con base en la cláusula *rebus*, si considera que la solución legislativa no ha permitido reestablecer el equilibrio en la relación jurídica(37).

III. LAS MORATORIAS Y OTRAS MEDIDAS ANÁLOGAS ADOPTADAS EN EL ÁMBITO DE LOS PRÉSTAMOS

La respuesta de mayor repercusión en el plano contractual que adoptó el gobierno español con el fin de atajar las dificultades experimentadas por numerosas personas para reembolsar sus préstamos, fue la aprobación de moratorias y otras figuras cercanas. Se trata de una medida utilizada igualmente en otros países(38) que cuenta con algunas ventajas: es menos intrusiva que otras, de implementación relativamente sencilla, útil para evitar impagos sucesivos si el acreedor está en disposición de proporcionar liquidez, y promueve la subsistencia del contrato(39). El 17 de marzo de 2020 fue dictado el Real Decreto Ley 8/2020, cuyos artículos 7 y siguientes articulaban una moratoria de la deuda hipotecaria para la adquisición de vivienda habitual. Pero la evolución de la pandemia hizo necesario prolongar en el tiempo las medidas adoptadas, reforzarlas y desarrollarlas. Esto tuvo lugar a través del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, que también contempló una suspensión en el pago de las cuotas de préstamos y créditos sin garantía hipotecaria. Asimismo, la necesidad de promover moratorias convencionales y de adoptar medidas similares en determinados ámbitos dio lugar a los reales decretos-leyes 19/2020, de 26 de mayo, 25/2020, de 3 de julio, y 26/2020, de 7 de julio.

Con carácter previo, también hay que mencionar el Real Decreto Ley 3/2021, de 2 de febrero, que alteró los plazos de solicitud y de duración de las moratorias a las que se refieren los reales decretos-leyes anteriormente citados (art. 8.1). Así, la solicitud podía hacerse hasta el 30 de marzo de 2021 y por un período de hasta nueve meses (art. 7), siendo esta la duración máxima acumulada de las moratorias

(36) Cfr. GÓMEZ LIGÜERRE, C., *loc. cit.*, pp. VIII-IX; GÓMEZ POMAR, F., GANUZA, J. J., «Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso», *InDret*, n.º 2, 2020, pp. 559-561; GREGORACI, B., *loc. cit.*, pp. 468-470.

(37) La cuestión se ha planteado en el ámbito de los arrendamientos de local de negocio, por una alusión que hace a la figura el Real Decreto Ley 15/2020, de 21 de abril. Cfr. GREGORACI, B., *loc. cit.*, pp. 475-476. Refiriéndose a un arrendamiento de industria en el que los inmuebles estaban destinados al alojamiento turístico, cfr. SJPI n.º 20 de Barcelona de 8 de enero de 2021 (ECLI:ES:JPI:2021:1).

(38) Cfr. GARCÍA RUBIO, M. P., «Cuadro comparativo. Contratos y COVID-19», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, n.º 2 (especial), 2020, p. 177; GÓMEZ POMAR, F., GANUZA, J. J., *loc. cit.*, pp. 566-567.

(39) Cfr. GÓMEZ POMAR, F., GANUZA, J. J., *loc. cit.*, pp. 563-565, 569-573, 579-580.

y suspensiones legales o acogidas a acuerdos sectoriales concedidas desde el 30 de septiembre de 2020 (art. 8.1).

Como cuestión general que afecta tanto a la moratoria de deuda hipotecaria como a la suspensión en los contratos de préstamo sin garantía hipotecaria, hay que decir que solo se benefician las personas que se encuentren en situación de «vulnerabilidad económica», de acuerdo con los criterios establecidos, respectivamente, en los artículos 16 y 18 del RDL 11/2020. No procede entrar en ellos, pero sí apuntar que la articulación de los diferentes requisitos generaba algunos desajustes, dando lugar a notables críticas que enfatizaban el limitado número de personas beneficiarias (40). También despertó críticas la acreditación de la concurrencia de tales condiciones subjetivas (art. 17 del RDL 11/2020), ya que las exigencias formales podían hacer que algunos beneficiarios potenciales decidiesen no solicitar el aplazamiento del pago (41).

En el caso específico de la *moratoria de deuda hipotecaria*, se proyecta sobre los préstamos para la adquisición de la vivienda habitual, de inmuebles afectos a la actividad económica que desarrollen las personas físicas que ostenten la condición de empresario o profesional de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido; y de viviendas que el deudor tenga alquiladas a terceros que han dejado de abonar la renta (art. 19 del RDL 11/2020). A la vista de la norma, puede sostenerse la inclusión de préstamos destinados a financiar un préstamo previo concedido para la adquisición del inmueble o a abonar el precio de adquisición total o parcialmente (42). Cuando el préstamo se haya destinado a varias finalidades, la aplicación de la moratoria podría prestarse a debate o, cuanto menos, añadir una dificultad a su implementación (43). Según el artículo 8.2 del RDL 8/2020, también pueden beneficiarse de la moratoria los fiadores y avalistas del deudor principal que reúnan las mismas condiciones subjetivas establecidas para este, si bien únicamente respecto de su vivienda habitual. Además, el artículo 10 permite a los fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores hacer valer el beneficio de excusión, a pesar de que hubiesen renunciado expresamente a él en el contrato. Estas dos últimas normas atrajeron la atención de la doctrina, por motivos tales como el hecho de que el fiador no responde solo con su vivienda —el art. 8.2 no menciona al «hipotecante no deudor»—, o que durante la moratoria el acreedor no podrá reclamar el pago al deudor (44).

Tras su modificación por el RDL 11/2020, el artículo 8.1 del RDL 8/2020 se refiere a una «suspensión» de las obligaciones contractuales. Pero los efectos de la moratoria hipotecaria se prevén en los artículos 14 y 15 del RDL 8/2020. Se trata de un aplazamiento legal del pago de la deuda (45): vigente la moratoria no se abonan las cuotas del préstamo, no se devengan intereses remuneratorios, tampoco

(40) Cfr. AGÜERO ORTIZ, A., «Guía actualizada sobre las moratorias en préstamos hipotecarios y préstamos personales frente al COVID-19», *Blog CESCO*, 2 de abril de 2020, pp. 3-8, 13.

(41) GARCÍA RUBIO, M. P., «Medidas regladas...», *cit.*, pp. 33 y 36.

(42) CABANAS TREJO, R., RIVAS RUIZ, A., «Legislar en tiempos del coronavirus: la moratoria hipotecaria o cómo lo urgente no deja tiempo para lo importante», *El Notario del Siglo XXI*, n.º 90, 2020 (consultado en línea), punto 7.

(43) Cfr. MARTÍN FUSTER, J., *loc. cit.*, apartado II.1.

(44) Cfr. CABANAS TREJO, R., RIVAS RUIZ, A., *loc. cit.*, punto 10; GARCÍA RUBIO, M. P., «Medidas regladas...», *cit.*, pp. 29-30; MARTÍN FUSTER, J., *loc. cit.*, apartado II.1.

(45) GARCÍA RUBIO, M. P., «Medidas regladas...», *cit.*, p. 31.

intereses moratorios, ni puede entrar en juego la cláusula de vencimiento anticipado (46). Aunque la normativa no lo diga, parece que se producirá una ampliación de la fecha del vencimiento prevista en el contrato por el tiempo de duración de la moratoria, regla que rige para los préstamos no hipotecarios (art. 25.2 del RD 11/2020) (47). Dado que el artículo 14.1 del RDL 8/2020 habla de una suspensión de la deuda, el artículo 14.2 parece reiterativo al negar que el acreedor pueda exigir el pago de la cuota o de alguno de los conceptos que la integran. Hay quien pensaba que esto debía interpretarse en el sentido de que durante la moratoria también se prohibía la reclamación de cuotas impagadas anteriores, que volverían a ser exigibles inmediatamente tras la conclusión de aquella (48). Por otro lado, el hecho de que la norma dijese que no se devengarían intereses suscitaba la pregunta de si se trataba de una condonación o de un mero aplazamiento (49).

Llama la atención el artículo 13.3 del RDL 8/2020, según el cual la suspensión despliega efectos sin necesidad de acuerdo entre las partes o novación contractual, pero se impone su formalización en escritura pública y su inscripción. Un requisito que fue criticado por considerarlo una exigencia formal exagerada (50). También parece oportuno destacar el artículo 13.4, que dispone que si el prestamista y el beneficiario acuerdan modificar el clausulado contractual más allá de la simple suspensión, deberán incorporar «además de aquellos otros aspectos que las partes pacten, la suspensión de las obligaciones contractuales impuesta por este real decreto-ley y solicitada por el deudor, así como el no devengo de intereses durante la vigencia de la suspensión». Esto llevó a la doctrina a preguntarse si la moratoria legal se erigía en contenido imperativo mínimo de cualquier acuerdo novatorio, o si cabían acuerdos alternativos que no incluyesen los aspectos reflejados, manifestando una opinión favorable a la segunda tesis (51).

Abandonando la esfera de la deuda hipotecaria, el artículo 21 del RDL 11/2020 contempla una medida de protección que afecta a todo préstamo o crédito sin semejante garantía, vigente en la fecha de su entrada en vigor, y contratado por una persona física en situación de vulnerabilidad económica causada por la pandemia de COVID-19; quedando englobados también los contratos de arrendamiento financiero. También se contemplan referencias a los fiadores y avalistas en términos similares a los previstos con respecto a la moratoria de deuda hipotecaria (arts. 21.2 y 22 del RDL 11/2020).

El artículo 21 del RDL 11/2020 alude a una «suspensión temporal de las obligaciones contractuales derivadas» de tales contratos, lo que en principio implica que también el prestamista queda liberado. Como expuso la doctrina, esto no ofrecería mayores dificultades en un préstamo unilateral y finalista al consumo, pero sí

(46) AGÜERO ORTIZ, A., *loc. cit.*, p. 10.

(47) GARCÍA RUBIO, M. P., «Medidas regladas...», *cit.*, p. 32; GÓMEZ POMAR, F., GANUZA, J. J., *loc. cit.*, p. 566.

(48) CABANAS TREJO, R., RIVAS RUIZ, A., *loc. cit.*, punto 2.

(49) *Cfr.*: RABANETE MARTÍNEZ, I. J., «Moratoria en el pago de las hipotecas durante el estado de alarma por el COVID-19», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 12 bis, 2020, pp. 497, 499 y 500.

(50) GARCÍA RUBIO, M. P., «Medidas regladas...», *cit.*, pp. 30-31; GÓMEZ POMAR, F., GANUZA, J. J., *loc. cit.*, p. 562.

(51) *Cfr.*: CORDERO LOBATO, E., «¿La moratoria hipotecaria es imperativa o puede pactarse una novación alternativa?» *Blog CESCO*, 28 de mayo de 2020.

en un contrato de crédito *revolving*, pues quedaría suspendida también la disponibilidad de fondos a favor del usuario (52). Dicho lo anterior, es evidente que el real decreto-ley estaba pensando en la obligación de reembolso del préstamo. El artículo 25, dedicado a los efectos de la suspensión, dice en su primer apartado que el acreedor no podrá exigir el pago total o parcial ni de la cuota, ni de ninguno de los conceptos que la integran; previendo también que no se devengarán intereses, ni ordinarios ni de demora. El segundo apartado establece la ampliación de la fecha del vencimiento por el tiempo que dure la suspensión, sin modificación del resto de las condiciones; si bien cuando se trate de bienes o derechos inscribibles será necesaria la inscripción de tal ampliación. Las dudas reportadas anteriormente en relación con el artículo 13.4 del RDL 8/2020, con respecto al pacto por el cual las partes modifiquen el contrato en aspectos distintos de la mera suspensión del pago, también son predicables en cuanto a los préstamos personales (art. 24.5 del RDL 11/2020).

Las medidas previstas en los reales decretos-leyes 8/2020 y 11/2020 tenían como beneficiarios únicamente a personas físicas que se encontrasen en una situación de «vulnerabilidad económica». Sin embargo, existían personas que, sin reunir los requisitos establecidos, también encontraban dificultades para reembolsar sus préstamos. Se hacía recomendable entonces promover *moratorias convencionales*, pero estas podían resultar imposibles para las entidades, dadas las normas prudenciales que les son de aplicación (53). Por ello, la Autoridad Bancaria Europea emitió unas directrices en las que se establecía la no clasificación como refinanciación o reestructuración de las moratorias que cumpliesen determinados requisitos (54).

En este contexto se aprobó el Real Decreto Ley 19/2020, de 26 de mayo, cuyos artículos 6 a 8 articulan un régimen especial para las moratorias convencionales alcanzadas al amparo de acuerdos marco sectoriales. No es posible hacer aquí un análisis exhaustivo del estado de la cuestión, que exigiría examinar tanto las previsiones del RDL 19/2020 como las características de los diferentes acuerdos sectoriales. Por ello, baste señalar cuatro puntos. El primero, la vocación general de las moratorias convencionales contempladas en el RDL 19/2020, al poder tener por objeto «toda clase de préstamos, créditos y arrendamientos financieros» (art. 7.1). El segundo, la posibilidad de que el importe aplazado se abone, bien mediante una ampliación del plazo de vencimiento de duración equivalente a la de la moratoria, bien mediante su redistribución en las cuotas restantes (art. 7.2). El tercero, que el aplazamiento de pago se aplica «sin perjuicio del devengo de los intereses pactados en el contrato de préstamo inicial» (art. 7.2), lo que genera dudas sobre el momento y la forma en que deben abonarse (55). Y el cuarto, que se prohíben ciertos contenidos, tales como una modificación del tipo de interés pactado o el establecimiento de garantías adicionales no previstas en el contrato original (art. 7.3).

Finalmente, deben traerse a colación los reales decretos-leyes 25/2020, de 3 de julio, y 26/2020, de 7 de julio; si bien de manera extremadamente sucinta.

(52) CARRASCO PERERA, Á., «Préstamos no hipotecarios cuyo pago el deudor no puede suspender», *Blog CESCO*, 28 de mayo de 2020, pp. 1-2.

(53) MARÍN LÓPEZ, M. J., «Transparencia material en las moratorias convencionales de prestatarios afectados por la crisis del coronavirus. Su regulación en el RD-ley 19/2020», *Blog CESCO*, 6 de junio de 2020, pp. 2-3.

(54) *Cfr.* puntos 10.a) y 11 de las directrices, disponibles en <https://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-GL-2020-02-ES.pdf>

(55) *Cfr.* MARÍN LÓPEZ, M. J., «Transparencia material...», *cit.* pp. 9-11.

En lo que interesa a los efectos del presente trabajo, el RDL 25/2020 se dirige a deudores hipotecarios que sean trabajadores autónomos y personas jurídicas con domicilio social en España, y cuyo inmueble se encuentre afecto a diversas *actividades económicas relacionadas con el turismo*: hoteles y alojamientos similares, alojamientos turísticos y otros alojamientos de corta estancia, y agencias de viajes (disp. adic. tercera). Por su parte, el RDL 26/2020 se proyecta sobre los «contratos de préstamo, *leasing* y *renting* de vehículos dedicados al transporte público discrecional de viajeros en autobús y al transporte público de mercancías, incluyendo el transporte de carbón de centrales térmicas, de más de 3,5 toneladas de masa máxima autorizada», debiendo encontrarse vigentes en el momento de la entrada en vigor de la norma (art. 18.1). En ambos casos, los beneficiarios deben estar experimentando dificultades financieras a consecuencia de la pandemia –según los criterios fijados en los referidos textos–. En los dos reales decretos-leyes, la medida de protección consiste en un período de carencia, esto es, una moratoria o suspensión del pago del principal de las cuotas, operando a través de una novación obligatoria para el acreedor (arts. 3.1, 5.1 y 6.2 del RDL 25/2020, y arts. 18.1 y 21 del RDL 26/2020). En el caso del RDL 25/2020, la suspensión se aplica a las cuotas vencidas e impagadas desde el 1 de enero de 2020, y el importe aplazado puede abonarse, a elección del prestatario, mediante una redistribución de las cuotas sin modificar el plazo de vencimiento y sin alterar el tipo de interés, o mediante la ampliación del plazo en un número de meses equivalente a la duración de la carencia solicitada (art. 6.2 del RDL 25/2020). Estas dos mismas modalidades se encuentran previstas en el RDL 26/2020 (art. 21.2). En ambos textos se establece que el principal cuyo pago se aplaza devenga los intereses ordinarios establecidos en el contrato inicial (art. 6.3 del RDL 25/2020, art. 21.3 del RDL 26/2020).

IV. ALGUNAS LÍNEAS DE REFLEXIÓN PARA EL FUTURO

Las páginas anteriores, además de presentar normas concretas dictadas en España para hacer frente a las dificultades creadas por la pandemia en el ámbito de los préstamos, han permitido ir señalando algunas cuestiones regulatorias mejorables o susceptibles de debate. Las limitaciones de extensión impiden analizarlas en profundidad, al igual que hacen imposible examinar con la exhaustividad que merecen muchas otras ideas que deberían ser consideradas con el fin de estar mejor preparados para una eventual crisis futura. Por este motivo, ahora simplemente se esbozarán algunas líneas de reflexión.

Un *primer* aspecto sería el nivel de exigencia a la hora de definir las condiciones subjetivas para poder beneficiarse de las moratorias y aplazamientos. La sensibilidad hacia las dificultades atravesadas por un gran número de ciudadanos lleva a defender requisitos más benévolos: si fuésemos muy exigentes, pocos podrían acogerse a ellas y no solucionaríamos problema alguno. Pero también es importante no perder de vista otros factores. Entre ellos destacan las consecuencias negativas que tendría para los acreedores una excesiva laxitud, algo que afectaría a la economía en su conjunto, y la necesidad de generar incentivos correctos a largo plazo. Si alcanzar los umbrales de vulnerabilidad económica fuese relativamente sencillo, quizás no se fomentaría suficientemente la

autoprotección, y la mejor manera de afrontar circunstancias extraordinarias futuras es que las personas dispongan de recursos propios bastantes para lidiar con situaciones temporales de dificultad. En todo caso, ante una emergencia parece mejor proteger a más personas de las que verdaderamente lo necesitan, que dejar desprotegidas a personas que sí requieren apoyo (56).

Un *segundo* elemento para el debate es la flexibilización del período durante el cual el beneficiario de la moratoria puede hacer uso de ella. Es decir, en lugar de aplicar obligatoriamente el aplazamiento de inmediato, otorgar al prestatario el derecho a hacerlo más adelante. Hay que pensar que su momento de mayor dificultad puede no tener lugar en plena pandemia o a muy corto plazo. Por ejemplo, quizás su fuente de ingresos esté siendo capaz de absorber mal que bien el impacto de la crisis sanitaria, pero no adaptarse al escenario económico que se abra después (57). Una distribución de los aplazamientos a lo largo de más tiempo también parece interesante desde el punto de vista de los acreedores.

Como *tercer* punto de debate se encuentra si el hecho de haberse acogido a alguna de las moratorias o aplazamientos legales —o llegar a un acuerdo con el acreedor para el mismo fin—, puede o debe ser un factor ponderado en la evaluación de la solvencia del beneficiario cuando solicite un préstamo en el futuro. Dicha evaluación (58) es una herramienta encaminada a asegurar la concesión y contratación de préstamos responsables, evitando riesgos tanto para los propios contratantes como para el sistema económico en su conjunto (59). Algunas voces han propuesto una respuesta negativa a la pregunta inicial (60), lo que es sensible con las personas que se han visto afectadas por la pandemia. Sin embargo, una correcta evaluación de solvencia debe tomar en consideración cualquier factor pertinente para mensurar la capacidad para reembolsar el préstamo (61), por lo que la clave reside en dilucidar si el hecho de haberse acogido a una moratoria en el pasado lo es o no.

Finalmente, la *cuarta* línea de reflexión parte del artículo 11 de la LVPBM, al que ya se ha hecho referencia en el apartado II. Podría estudiarse la conveniencia de establecer una norma similar con un ámbito de aplicación más amplio (62), evitando así las dificultades inherentes a una aplicación analógica. Quizás al modo del artículo 1343-5 del Código civil francés o del artículo L. 314-20 del *Code de la consommation*, que obligan a ponderar tanto la situación del deudor como las necesidades del acreedor: se trata de proteger a un deudor «desafortunado y de buena

(56) GÓMEZ POMAR, F., GANUZA, J. J., *loc. cit.*, p. 562.

(57) *Cfr.* CARRASCO PERERA, Á., «Un modelo contractual para COVID-19: las moratorias como bonos a la vista», *Blog CESCO*, 2 de mayo de 2020.

(58) Cuya realización imponen tanto la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo (art. 8), como la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (art. 18).

(59) *Cfr.* considerando 26 de la Directiva 2008/48/CE, y considerandos 3, 4 y 22 de la Directiva 2014/17/UE; sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2014, *CA Consumer Finance*, C-449/13, ECLI:EU:C:2014:2464, apartados 35, 43 y 44; así como las conclusiones del Abogado General en el mismo asunto, ECLI:EU:C:2014:2213, puntos 52 y 56.

(60) COVID-19- CONSUMER LAW RESEARCH GROUP, *loc. cit.*, p. 443.

(61) *Cfr.* art. 20 y considerando 55 de la Directiva 2014/17/UE.

(62) Para GARCÍA SOLÉ, F. (*Comentarios a la Ley de venta a plazos de bienes muebles*, Civitas, Madrid, 1999, p. 217), era extraña la existencia de semejante facultad en la citada ley y no en otras normas protectoras de los consumidores.

fe» sin olvidar el interés de su contraparte en un pronto pago (63). Dejando simplemente formulada la cuestión, en este momento solo debe apuntarse que esta opción regulatoria probablemente no sería muy útil en situaciones de pandemia. La plena efectividad de una norma abierta como el artículo 11 de la LVPBM exige un gran desarrollo jurisprudencial –que por cierto no ha tenido lugar– (64), y ni siquiera ello garantizaría una respuesta eficaz. Sucede lo mismo que en el caso de la cláusula *rebus sic stantibus*: ciertamente, su consagración legal y la existencia de jurisprudencia al respecto puede favorecer la anticipación por parte de los contratantes, decidiendo no especular con el resultado de un eventual litigio, y prestar mayor atención a las estipulaciones contractuales que anticipen acontecimientos disruptivos (65). Pero siempre existirá un mínimo de grado de inseguridad, a lo que se añade la lentitud de cualquier medida de carácter judicial y adaptada a circunstancias concretas (66).

V. CONCLUSIONES

Tal y como se ha explicado en el apartado II, las dificultades económicas derivadas de la pandemia de COVID-19 no son un argumento válido para poder suspender la obligación de reembolsar un préstamo, pero sí pueden constituir una causa de exoneración de responsabilidad por los daños derivados del incumplimiento. Además, si se estimase que al prestatario le corresponde asumir el riesgo de la evolución de su economía personal y que por tanto la falta de liquidez le es imputable, quizás no podría exonerarse de la responsabilidad por el no reembolso de algunas cuotas, pero sí por el impago de aquellas que debía haber abonado cuando los efectos económicos de la pandemia ya se habían prolongado en el tiempo más allá de lo razonablemente previsible.

En el apartado III se han presentado diversas moratorias o medidas análogas adoptadas con el objetivo de hacer frente al impacto económico de la pandemia, en relación con determinados préstamos. Semejante presentación parecía necesaria no solo para ofrecer una visión panorámica de tales soluciones regulatorias extraordinarias, sino también para apuntar algunas de las críticas que se les han hecho. Esto sirve como un primer paso para que la respuesta ante una eventual crisis futura sea mejor que la ofrecida en esta ocasión.

Por último, el apartado IV continuó con esa mirada hacia el futuro, planteando algunas cuestiones concretas susceptibles de discusión. Solo después de reposados análisis, ya con perspectiva, podremos plantearnos cambios regulatorios con vocación de estabilidad. Además, es posible que en realidad no sea preciso ningún cambio de este tipo. A lo largo del trabajo se ha reiterado que las soluciones que exijan una intervención judicial y ponderar las circunstancias del caso concreto no

(63) SÉRIAUX, A., «Réflexions sur les délais de grâce», *Revue trimestrielle de droit civil*, 1993, p. 789 (consultado en línea), n.º 2.

(64) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la ley de ventas a plazos de bienes muebles*, Montecorvo, Madrid, 1977, p. 241 (en relación con el artículo análogo de la ley anterior).

(65) Cfr: GÓMEZ LIGÜERRE, C., *loc. cit.*, pp. VII-IX.

(66) Cfr: GÓMEZ POMAR, F., GANUZA, J. J., *loc. cit.*, p. 561.

son factibles ante una crisis con un impacto económico global. Por consiguiente, quizás el verdadero objetivo sea tener claros los fundamentos teóricos y los potenciales desafíos y escenarios que pueden plantearse. Con ello, si sobreviniese otra crisis como la actual, el legislador podría adoptar soluciones regulatorias específicas con carácter de urgencia, pero sin los riesgos y puntos débiles de una intervención apresurada.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, A., «Guía actualizada sobre las moratorias en préstamos hipotecarios y préstamos personales frente al COVID-19», *Blog CESCO*, 2 de abril de 2020. Disponible en https://consumo.castillalamancha.es/sites/default/files/2020-04/Guia_actualizada_sobre_las_moratorias.pdf
- ÁLVAREZ, S., «Pandemia, fuerza mayor y cláusula rebus sic stantibus a la luz de la Jurisprudencia», *Diario La Ley*, n.º 9619, 23 de abril de 2020 (LA LEY 3974/2020).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la ley de ventas a plazos de bienes muebles*, Montecorvo, Madrid, 1977.
- CABANAS TREJO, R., RIVAS RUIZ, A., «Legislar en tiempos del coronavirus: la moratoria hipotecaria o cómo lo urgente no deja tiempo para lo importante», *El Notario del Siglo XXI*, n.º 90, 2020. Disponible en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-90/10019-legislar-en-tiempos-del-coronavirus-la-moratoria-hipotecaria-o-como-lo-urgente-no-deja-tiempo-para-lo-importante>
- CARRASCO PERERA, Á., «Préstamos no hipotecarios cuyo pago el deudor no puede suspender», *Blog CESCO*, 28 de mayo de 2020. Disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/9._ANGEL_CARRASCO_PERERA_-_Prestamos_no_hipotecarios_cuyo_pago_el_deudor_no_puede_suspender.pdf
- CARRASCO PERERA, Á., «Un modelo contractual para COVID-19: las moratorias como bonos a la vista», *Blog CESCO*, 2 de mayo de 2020. Disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Un_modelo_contractual_para_COVID-19_las_moratorias_como_bonos_a_la_vista.pdf
- COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW (EDS. LANDO, O., BEALE, H.), *Principles of European Contract Law (Parts I and II)*, Kluwer Law International, The Hague, 2000.
- CORDERO LOBATO, E., «¿La moratoria hipotecaria es imperativa o puede pactarse una novación alternativa?» *Blog CESCO*, 28 de mayo de 2020. Disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/11._ENCARNA_CORDERO_LOBATO_-_La_moratoria_hipotecaria_es_imperativa_o_puede_pactarse_una_novacion_alternativa.pdf
- COVID-19- CONSUMER LAW RESEARCH GROUP, «Consumer Law and Policy Relating to Change of Circumstances Due to the COVID-19 Pandemic», *Journal of Consumer Policy*, vol. 43, n.º 3, 2020, pp. 437-450. Disponible en <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s10603-020-09463-z.pdf>
- FUENTES-LOJO RIUS, A., «Alteración de circunstancias e incumplimiento de obligaciones contractuales. Algunos conceptos clave», *Diario La Ley*, n.º 9658, 22 de junio de 2020 (LA LEY 7373/2020).
- GARCÍA RUBIO, M. P., «Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, n.º 2 (especial), 2020, pp. 15-46. Disponible en <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/551/430>

- GARCÍA RUBIO, M. P., «Cuadro comparativo. Contratos y COVID-19», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, n.º 2 (especial), 2020, p. 177. Disponible en <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/566/415>
- GARCÍA SOLÉ, F., *Comentarios a la Ley de venta a plazos de bienes muebles*, Civitas, Madrid, 1999.
- GÓMEZ LIGÜERRE, C., «Fuerza mayor», *InDret*, n.º 2, 2020, pp. I-XI. Disponible en <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/04/01-Carlos-G%C3%B3mez-Lig%C3%BCerre.pdf>
- GÓMEZ POMAR, F., GANUZA, J. J., «Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso», *InDret*, n.º 2, 2020, pp. 558-584. Disponible en <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/04/1542.pdf>
- GREGORACI, B., «El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIII, fasc. II, 2020, pp. 455-490. Disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2020-20045500489_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_El_impacto_del_COVID-19_en_el_Derecho_de_contratos_espa%C3%B1ol
- MARÍN LÓPEZ, M. J., «Transparencia material en las moratorias convencionales de prestatarios afectados por la crisis del coronavirus. Su regulación en el RDL 19/2020», *Blog CESCO*, 6 de junio de 2020. Disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Transparencia_material_en_las_moratorias_convencionales_de_prestatarios_afectados_por_la_crisis_del_coronavirus.pdf
- MARÍN LÓPEZ, M. J., «Artículo 1182», en Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8701-8721.
- MARTÍN FUSTER, J., «Suspensión del pago del préstamo hipotecario a causa del Coronavirus: Supuestos dentro y fuera del ámbito del Real Decreto-Ley 8/2020 y problemas prácticos», *Diario La Ley*, n.º 9605, 1 de abril de 2020 (LA LEY 3401/2020).
- RABANETE MARTÍNEZ, I. J., «Moratoria en el pago de las hipotecas durante el estado de alarma por el COVID-19», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 12 bis, 2020, pp. 492-501. Disponible en http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/05/46_Isabel_Rabanete_pp._492-501.pdf
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «Algunas reflexiones sobre las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, tras las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016», *Diario La Ley*, n.º 8791, 27 de junio de 2016 (LA LEY 4246/2016).
- SALVADOR BULLÓN, H., *Las ventas a plazos según la nueva ley*, 2ª ed., Madrid, 1966.
- SÉRIAUX, A., «Réflexions sur les délais de grâce», *Revue trimestrielle de droit civil*, 1993, p. 789 (consultado en línea).
- SERRANO DE NICOLÁS, Á., «Fuerza mayor y cláusula rebus sic stantibus entre la imposibilidad sobrevenida y la excesiva onerosidad por el confinamiento derivado del Covid-19», *Diario La Ley*, n.º 9625, 5 de mayo de 2020 (LA LEY 4141/2020).
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) (Eds. VON BAR, C., CLIVE, E.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, vol. I, Sellier, Munich, 2009.

ESTADO DE ALARMA. EFECTOS Y CONSECUENCIAS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

José Luis JIMÉNEZ FERNÁNDEZ*

Resumen

El objeto de este estudio es exponer el trabajo añadido que recayó sobre los registros de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles de España durante el periodo extraordinario que con ocasión del COVID-19 sobrevino tras la publicación del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo que supuso la implantación nacional del primer estado de alarma que se decretaba en España y el confinamiento general que le acompañó.

A las dificultades generales a las que nos enfrentamos todos los ciudadanos, hay que añadir que los registros fueron declarados servicio esencial de forma que permanecieron abiertos durante todo el periodo que duró el estado de alarma y el confinamiento. El Colegio de Registradores fue capaz de implantar en semanas un sistema electrónico que permitió a muchos empleados de los registros teletrabajar desde su casa, disminuyendo así el riesgo de contagio y las consecuencias que pudiera tener para el normal funcionamiento de los registros.

Hubo que adaptarse además a las normas que fueron dictándose de urgencia, con los efectos que produjeron para el ordinario discurrir del procedimiento registral.

He hecho especial incidencia en el tema de la suspensión de los plazos de los procedimientos y asientos registrales, lo cual supuso un esfuerzo añadido, no olvidemos que esa suspensión se refería a los plazos de los ciudadanos, que los plazos que tiene el registrador para calificar e inscribir se vieron inalterados, con la excepción de la duplicación del plazo ordinario para calificar los documentos, los plazos para inscribir quedaron inalterados. Igualmente, los plazos de la publicidad formal, tanto certificaciones como notas simples, quedaron inalterados. Se permitió la emisión de las notas simples, siempre en su plazo ordinario, por correo electrónico. Igualmente se mantuvo el deber de asesoramiento y el derecho del ciudadano de información que tanto el registrador como su personal cumplimentaron a través del teléfono o por correo electrónico, según estableció la Dirección General.

He añadido también una referencia a la moratoria de deuda hipotecaria para la adquisición de vivienda habitual que ha supuesto un trabajo añadido al funcionamiento de la oficina registral, unido a la carga de trabajo que supuso emitir las notas simples que acreditaban el estado de vulnerabilidad de los ciudadanos que tenían derecho de acogerse a las

* Registrador de la Propiedad.

moratorias hipotecarias y a la suspensión del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional. Esas notas simples emitidas durante el estado de alarma fueron emitidas de forma gratuita por los registros, medida acordada por la Junta de Gobierno del Colegio de Registradores y ratificada por la Junta de Decanos Territoriales como apoyo solidario de este colectivo a la situación extraordinaria que toda la nación estaba sufriendo.

Finalmente he recogido el comunicado conjunto del Colegio de registradores y la Comisión Nacional del Mercado de Valores en relación con las cuentas anuales y la propuesta de aplicación del resultado de sociedades mercantiles como consecuencia de la situación creada por el COVID-19 de 26 de marzo de 2020, anticipándose a las normas que posteriormente fueron dictadas que buscaba dar respuesta a la situación en la que se encontraban las sociedades mercantiles ante la situación creada con el estado de alarma y la enorme dificultad que suponía la presentación de las cuentas anuales y la propuesta de aplicación de resultados, en esas circunstancias excepcionales.

Palabras clave

Estado de alarma y registro de la propiedad, suspensión del procedimiento, moratoria hipotecaria, suspensión de la evicción, colectivos especialmente vulnerables, notas simples gratuitas, cuentas anuales y proposición de resultado, registro mercantil.

Abstract

The goal of this article is to present the extra work that the Spanish Registry of Property, Companies and Movable Property, had done during the lock down due to the COVID-19 crisis after the Ordinance 463/2020 of March 14 which set the first lock down and general quarantine in the Spanish History.

Beyond the general restrictions, the Spanish Registry remained opened during the lock down as an essential public service. Its public law corporation (COPRME) set in a few weeks an electronic system that allowed its employees to work from home, diminishing the risk of the spread of the virus and its possible consequences on the regular performance of the Spanish Registry.

The Spanish Registry also had to adapt to the urgent rules in order to maintain the regular performance of the registral procedure.

I have put special emphasis on the suspension of the terms of the procedure and registration records, which meant an added effort because that suspension was related to the citizens rights but not to the Property Registrar. The terms for the registration remained without changes, except the ordinary term for the qualification that had been doubled. The emission of certificates by e-mail was allowed. The Registrars' duty of advisement and the information right of the citizens were remained by telephone and e-mail, as the DGSJFP had set.

Furthermore I show the effect that, on the daily work of the Property Registrar, had on one hand the mortgage moratorium and the suspension of the eviction and on the other, the emission of certificates stated for particularly vulnerable collectives who had those rights. Due of the agreement of the COPRME Governing Board, which was approved by the Territorial Dean Government, those certifications were free of charge as solidarity of the Registrars with the exceptional situation that our nation was suffering.

Finally I reflect the joint communication of COPRME and CNMV in relation to the companies' annual accounts and the result proposal, which goal was to draw an answer for

the exceptional circumstances after the COVID-19 on the 26th March of 2020, as an anticipation of its regulation.

Keywords

Lock down and the property registry, registral procedure suspension, mortgage moratorium, particular vulnerable collectives, certifications free of charge, annual accounts and result proposal, companies register.

SUMARIO: I. Suspensión de plazos de trámites de procedimientos y de prescripción. II. Moratoria de deuda hipotecaria para la adquisición de vivienda habitual. III. Cuentas anuales de las sociedades mercantiles. IV. Bibliografía.

I. SUSPENSIÓN DE PLAZOS DE TRÁMITES DE PROCEDIMIENTOS Y DE PRESCRIPCIÓN

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo declaró el estado de alarma y en su disposición adicional segunda se suspendieron términos y se suspendieron e interrumpieron los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales. En su disposición adicional tercera se suspendieron términos y se suspendieron e interrumpieron los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público. Finalmente, en su disposición adicional cuarta se suspendieron los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos durante el plazo de vigencia del estado de alarma.

En una institución como es el Registro de la Propiedad, regida entre otros por el principio de prioridad, la suspensión de los plazos tuvo una trascendencia fundamental. El 13 de marzo la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública dictó una Resolución completada por otra de 15 de marzo en las que se dictaron medidas de adaptación del real decreto a la idiosincrasia propia de los registros y al procedimiento registral.

En primer lugar, se declararon plenamente aplicables al registro las disposiciones adicionales referidas anteriormente.

Al mismo tiempo el servicio registral fue declarado servicio esencial para el Estado de manera que las oficinas registrales quedaban abiertas y el funcionamiento de las oficinas permaneció inalterado en todo lo relativo a la calificación e inscripción de los documentos presentados, concediéndose en todo caso un plazo extraordinario de 30 días para su calificación e inscripción. Se suspendió el plazo de notificación de la calificación negativa y se redujo el horario de apertura al público desde las nueve a las catorce horas de lunes a viernes.

Por lo que respecta a la atención diaria al público que debe prestar el registrador y su plantilla recogida en el artículo 5 del real decreto 1935/1983 de 25 de mayo, se estableció que exclusivamente se prestaría mediante correo electrónico o por vía telefónica.

En cuanto a la publicidad formal quedó inalterado el servicio, así como los plazos y su cómputo, establecidos en las normas generales, si bien, buscando facilitar al máximo a los ciudadanos el acceso a la publicidad registral se permitió excepcionalmente la publicidad formal telemática a través de la página web de registradores y excepcionalmente se permitió la emisión de notas simples por correo electrónico.

Finalmente se declaró en suspenso el plazo del concurso que en esos momentos se estaba desarrollando para petición de plazas vacantes por los registradores.

El Real Decreto 537/2020 de 22 de mayo por el que se prorrogaba el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, estableció que desde el 1 de junio de 2020 el cómputo de los plazos administrativos que hubieran sido suspendidos se reanudara. Igualmente se estableció en su disposición derogatoria única que quedaba derogada la disposición adicional tercera del Real decreto de 14 de marzo.

En relación con este Real Decreto, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública publicó una Instrucción el 28 de mayo de 2020 para aclarar *los plazos que seguirán suspendidos* tras el real decreto de 22 de mayo, en su punto undécimo se señalaban los principales supuestos:

- Asiento de presentación de documentos.
- Caducidad de condiciones resolutorias e hipotecas (art. 82,5 LH).
- Caducidad de derechos de adquisición sujetos a plazo (art. 177 RH).
- Caducidad de prohibiciones de disponer derivadas de regímenes de VPO y seguro decenal, explotaciones prioritarias.
- Caducidad de limitaciones del artículo 207 LH y derivadas de la legislación de concentración parcelaria.
- Consolidación de documentos presentados por fax (418 RH).
- Caducidad de anotaciones preventivas.
- Caducidad de notas marginales.

Se especificó igualmente que *se entendía aplicable el levantamiento de la suspensión* de los plazos administrativos a las resoluciones y cómputo de los plazos en la solicitud de calificación sustitutoria y en el recurso contra la calificación de los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles (puntos quinto al octavo) pues, aunque es un procedimiento especial, supletoriamente es aplicable la ley 30/2015 de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En ambos casos el plazo se computará a partir del 1 de junio de 2020 y si hubiesen sido notificados al interesado antes de la entrada en vigor del estado de alarma, los plazos que hubieran quedado suspendidos se reanudarán a partir del 1 de junio de 2020.

No se considera que ocurra lo mismo en relación con las notificaciones en procedimientos registrales en los que la ley hipotecaria no invoca supletoriamente la aplicación de la legislación administrativa.

Se señalaban también *los plazos que se reiniciaban*, es decir, que volvían a correr a partir del 1 de junio de 2020:

«Punto Quinto. En las solicitudes de calificación sustitutoria y en los recursos contra la calificación registral, *si ésta no hubiese sido notificada al interesado*, el plazo de diez días establecido al efecto en el artículo 40.2 de la ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se computará a partir del 1 de junio de 2020».

«Punto Séptimo. *Si la calificación negativa hubiese sido notificada al interesado durante el estado de alarma*, los plazos para solicitar la calificación sustitutoria y para interponer recurso ante esta Dirección General, de conformidad con lo dispuesto respectivamente en los artículos 19 bis, párrafo 4.º, regla 1ª y artículo 326 párrafo 2.º de la ley hipotecaria se computarán a partir del 1 de junio de 2020».

«Punto Octavo. Si notificada la calificación negativa durante el estado de alarma, hubiese sido objeto de *recurso ante esta Dirección General*, el plazo máximo para dictar y notificar la resolución establecido en el artículo 327, párrafo 9.º de la ley hipotecaria, se computará a partir del 1 de junio de 2020».

Por tanto, dentro de este grupo de reiniciación de los plazos se recogían:

- Notificación de calificaciones.
- Solicitud de calificación sustitutoria e interposición de recurso contra la calificación registral si la calificación negativa hubiese sido notificada al interesado durante el estado de alarma.
- Tramitación y resolución del recurso gubernativo.
- Recurso frente a la denegación de publicidad formal (arts. 228, 327 y 328 LH).
- Recurso frente a la denegación del asiento de presentación (art. 324 LH, 306 y 416 apartado 4.º del RH 100 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial y disposición derogatoria 1.ª, apartados 1 y 2 de la ley 24/2005 de 18 de noviembre de reformas para el impulso de la actividad).
- Recurso de queja por falta de inscripción dentro de plazo o por la negativa injustificada del registrador a practicar el asiento de presentación (art. 97 *in fine* y 416 del RH).
- Recurso en materia de honorarios del registrador (art. 619 RH y regla 6.ª del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registros de la Propiedad).
- Recurso contra decisión del Registro Mercantil en expedientes seguidos en el Registro Mercantil como autoridad legalmente designada (arts. 342 y 354,2 RRM).

Finalmente se recogían *los plazos que se reanudan*, es decir que continuaban corriendo desde el 1 de junio de 2020:

Los plazos señalados por meses.

«Noveno. El cómputo de los plazos señalados en meses, iniciados antes de la entrada en vigor del estado de alarma y que hubiesen quedado suspendidos en virtud de la Disposición Adicional tercera del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, se reanudará el día 1 de junio de 2020».

«Décimo. Una vez determinado, conforme al artículo 30.4 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones

Públicas, el que habría sido día final de los plazos señalados en meses si no hubieran sido suspendidos, se añadirá, sin solución de continuidad, el número de días que hubiese durado la suspensión y el último día que resulte se le aplicará, en su caso, lo dispuesto en el artículo 30.5 de la citada ley».

Solicitud de calificación sustitutoria e interposición de recurso contra la calificación registral, si la calificación negativa hubiese sido notificada al interesado antes de la entrada en vigor del estado de alarma.

«Sexto. Si la calificación negativa hubiese sido notificada al interesado antes de la entrada en vigor del estado de alarma, los plazos para solicitar calificación sustitutoria o para interponer recurso ante esta Dirección General, previstos respectivamente, en los artículos 19 bis párrafo 4.º, regla 1.ª, 326, párrafo 2.º de la Ley hipotecaria, que hubiesen quedado suspendidos por aplicación de lo establecido en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, se reanudarán a partir del 1 de junio de 2020».

Estos fueron los efectos y consecuencias de la suspensión de los plazos administrativos en el registro y el procedimiento registral durante la declaración del estado de alarma desde el 14 de marzo al 4 de junio de 2020.

La resolución de 20 de mayo de 2020 del Congreso de los Diputados por la que se ordenaba la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo establecía en su punto noveno que desde el 4 de junio de 2020 se derogaba la disposición adicional segunda del real Decreto citado, relativa a la suspensión de plazos procesales y que se alzaba la suspensión en esa misma fecha. Igualmente se derogaba la disposición adicional cuarta relativa a la suspensión de plazos de prescripción y caducidad de derechos y acciones, alzándose la suspensión en esa misma fecha.

El Real Decreto Ley 21/2020 de 19 de junio de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, establecía en su disposición adicional cuarta:

«Plazos de caducidad de los asientos registrales suspendidos en virtud del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo. Con efectos desde el 10 de junio de 2020, se alza la suspensión de los plazos de caducidad de los asientos registrales susceptibles de cancelación por el transcurso del tiempo, reanudándose su cómputo en esa misma fecha».

Por tanto, el procedimiento registral y sus plazos sustantivos respecto a los asientos registrales volvían a correr desde el 10 de junio de 2020.

Igualmente, por Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública se establecía en base en la disposición adicional cuarta antes citada la apertura al público de las oficinas registrales en su horario normal de lunes a viernes, de 9 de la mañana a 5 de la tarde ininterrumpidamente, se volvía a dar un plazo de 15 días hábiles para calificar e inscribir los documentos presentados y terminaba la expedición de notas simples por correo electrónico ordinario. El 11 de junio las oficinas volvían al horario ordinario y lo mismo ocurría con los plazos para calificar e inscribir los documentos presentados que no habían sido objeto de calificación negativa. Del mismo modo la publicidad formal se sometía a las reglas generales establecidas en la ley hipotecaria y su reglamento.

Finalmente, el 21 de junio de 2020 acababa el estado de alarma decretado el 14 de marzo del mismo año.

Como podemos apreciar a efectos registrales hubo cuatro fechas que fueron marcando la vuelta a las normas generales; el 1, el 4, el 10 y el 11 de junio de 2020.

La suspensión del cómputo de los plazos registrales fue de 88 días naturales. Desde el 14 de marzo al 9 de junio de 2020, ambos inclusive.

Ahora pasamos analizar cuál fue la situación de los asientos registrales como consecuencia de esa suspensión.

Asiento de presentación. Recordemos que el *plazo* del asiento de presentación es de 60 días, desde el siguiente a su fecha. (arts. 17 y 66 LH); días hábiles, según el art. 109 RH.

El asiento puede ser prorrogado. Conforme a los artículos 18.2 LH, 432 RH en relación con el artículo 97 RH, podemos señalar los siguientes supuestos de prórroga:

1) Si el título hubiera sido retirado antes de la inscripción, tuviera defectos subsanables o existiera pendiente de inscripción un título presentado con anterioridad, En estos casos, la vigencia del asiento de presentación se entenderá prorrogada hasta la terminación del plazo de inscripción, según el artículo 18 LH que modifica tácitamente lo dispuesto en los artículos 432.1.a), en relación con el artículo 97 del RH.

2) En caso de calificación negativa, se prorrogará automáticamente el asiento de presentación por plazo de 60 días, contados desde la fecha de la última de las notificaciones que el Registrador ha de hacer en tal caso (art. 323 de la Ley) al presentante del documento y al Notario autorizante o a la autoridad judicial o funcionario que lo expidió.

3) Si se interpone recurso contra la calificación del Registrador, el asiento de presentación se prorrogará o, más propiamente, «quedará en suspenso» (art. 66, párrafo 3.º, de la Ley) hasta el día que se notifique al Registrador la resolución definitiva del recurso, desde el cual comenzará a contarse el plazo para practicar la inscripción (art. 327 párrafo 4 LH y 432.1.a), en relación con el 111 RH).

Claro está que la prórroga del asiento de presentación de un título determinado llevará consigo la de los asientos de presentación, anteriores o posteriores, de títulos contradictorios o conexos (arts. 111, párrafo 3.º, y 432.2.º del Reglamento). Así lo reconoce expresamente la Resolución de 12 de noviembre de 2010, al señalar que un asiento de presentación gana prioridad para sí mismo y para los documentos posteriores necesarios para subsanar la falta de tracto. Según la DG, estando el plazo del asiento de presentación suspendido por la interposición de un recurso gubernativo, no cabe practicar anotación preventiva de suspensión por defectos subsanables. R. 13, 14, 15 y 17 de septiembre de 2005.

4) Si se justifica debidamente que el documento presentado y pendiente de liquidación no ha sido liquidado por causa no imputable al interesado dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, se suspenderá éste, a instancia del presentante o del interesado, hasta que se realice el pago, caducando el asiento a los 180 días de su fecha (arts. 255 de la Ley y 432.1.º b. del Reglamento). Según la DG, no corresponde al Liquidador del impuesto solicitar del Registro la práctica del asiento correspondiente, por lo que si cuando se presenta en el Registro estaba caducada, procede cancelar la anotación. R. 13 de diciembre de 2003.

5) Si se segrega o se divide suelo no urbanizable, se prorrogará el asiento hasta 180 días, contados desde la remisión al ayuntamiento o a la autoridad agraria correspondientes de la copia de los documentos presentados (arts. 79 y 80 del reglamento 1093/97, de normas complementarias del Reglamento Hipotecario sobre inscripción de actos urbanísticos).

6) En caso de inmatriculación o inscripción de exceso de cabida en el Registro de la Propiedad de un monte o de una finca colindante con monte demanial o ubicado en un término municipal en el que existan montes demaniales requerirá el previo informe favorable de los titulares de dichos montes y, para los montes catalogados, el del órgano forestal de la comunidad autónoma. Faltando el informe el Registrador lo solicitará de oficio quedando, entre tanto, el asiento de presentación tendrá una validez de cuatro meses (22 LM).

7) Si en virtud de mandamiento dictado en causa criminal el Juez ordena al Registrador que se abstenga de practicar operaciones en virtud de títulos presentados por el procesado, se prorrogará el asiento de presentación hasta la terminación de la causa (art. 432.1.º d. del Reglamento).

Los plazos de *los asientos de presentación* practicados y vigentes antes del estado de alarma se reanudaron por el tiempo que faltara para su respectiva caducidad, atendiendo a sus distintas vicisitudes y posibles prórrogas, el 10 de junio de 2020, conforme a la disposición adicional cuarta del Real Decreto Ley 21/2020 de 9 de junio, según interpreta la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 11 de junio de 2020.

Los plazos de *los asientos de presentación* practicados durante el estado de alarma, al haber estado en suspenso, empezaron a computarse desde el 10 de junio de 2020, todo ello sin perjuicio de sus posibles vicisitudes, al amparo de la disposición adicional cuarta del Real Decreto Ley 21/2020 de 9 de junio, según interpreta la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 11 de junio de 2020.

Anotaciones preventivas. Son asientos esencialmente temporales. Tienen un plazo de caducidad.

El estudio de la caducidad de las anotaciones preventivas conduce necesariamente a analizar la duración de éstas. La regla general en este sentido está recogida en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, en su redacción actual dada por la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece que «las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de la fecha de la anotación misma, salvo aquellas que tengan señalado en la Ley un plazo de caducidad más breve». No obstante, a instancia de los interesados o por mandato de las Autoridades que las decretaron, podrán prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre el mandamiento ordenando la prórroga sea presentado antes de que caduque el asiento.

La anotación prorrogada, caducará a los cuatro años de la fecha de la anotación misma de prórroga. Podrán practicarse sucesivas ulteriores prórrogas en los mismos términos.

Tiene declarado la DG al respecto:

- La caducidad de las anotaciones preventivas opera *ipso iure*, aunque no se haya practicado formalmente el asiento de cancelación.
- El plazo de 4 años ha de computarse incluyendo tanto el día inicial como el final.
- Para computar el plazo de caducidad hay que tomar en cuenta la fecha de la anotación, no la del asiento de presentación.
- En el caso especial de que se haya extendido una anotación de suspensión por defecto subsanable, convertida luego en anotación común, el plazo debe computarse desde la anotación definitiva.

Según el artículo 206.13 del Reglamento Hipotecario, «procederá la cancelación de las anotaciones preventivas cuando caducaren por declaración expresa de la Ley, en cuyo caso se hará constar, de oficio o a instancia del dueño del inmueble o derecho real afectado, por nota marginal». Por tanto, se exige o la solicitud expresa del interesado o la tácita del artículo 353.3 del Reglamento Hipotecario, es decir, se entenderá solicitada la cancelación de las anotaciones caducadas cuando se pida certificación de cargas o cualquier asiento relativo a la finca o derecho afectado.

Como decíamos, el art. 86 establece un plazo general, que no se aplicará aquellas con un plazo especial, que establecen un plazo más breve, como la anotación de suspensión por defecto subsanable que caduca a los sesenta días, prorrogables hasta 180 por justa causa (artículo 96 de la Ley Hipotecaria), o la anotación de crédito refaccionario: caduca a los sesenta días de concluida la obra (artículo 92 de la Ley Hipotecaria), etc.

Teniendo en cuenta lo anterior, hay que señalar que las anotaciones sujetas a plazo ordinario *practicadas* y *vigentes* a fecha 14 de marzo de 2020, aunque podría haberse optado por reanudar el cómputo de los plazos para su caducidad el 10 de junio de 2020 por el tiempo que restase para la misma, la resolución de 11 de junio de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, quizás por atender a la dificultad de obtener documentos administrativos o judiciales subsanatorios en los días siguientes al levantamiento de la suspensión de sus respectivos plazos, días 1 y 4 de junio respectivamente, se decantó porque el plazo de vigencia de las anotaciones se contara de fecha a fecha, sumando además los 88 días en que estuvo suspendido el cómputo de los plazos registrales. Este plazo extra es de días naturales, como excepción al artículo 109 del reglamento hipotecario y se justifica en la propia singularidad de las circunstancias que motivaron el estado de alarma.

En este punto hay que señalar el especial cuidado que hay que tener con estos asientos registrales a la hora de fijar la fecha de caducidad cuando transcurran los años correspondientes, añadidos los 88 días extra, habida cuenta que es deseable en todo caso, pero además muy probable que dentro de dos años todo el tema de la pandemia que provocó esta situación sea ya un recuerdo, y sin embargo, habrá que tener presente en ese entonces los 88 días extra de vigencia que tienen estas anotaciones preventivas.

Por analogía con lo anterior y siguiendo una interpretación finalista en cuanto a la intención de la Dirección General de ofrecer la máxima seguridad jurídica posible simplificando una materia tan compleja y casuística, lo mismo debe entenderse para todos los otros asientos susceptibles de cancelación por caducidad que hayan de computarse de fecha a fecha, como es el caso de *las notas marginales de afección fiscal*, (plazo de vigencia de cinco años) de tal forma que, por analogía con lo prevenido por la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 11 de junio de 2020, el cómputo para su caducidad ha de hacerse de fecha a fecha, aumentándose en 88 días adicionales.

La resolución de 11 de junio de 2020 tantas veces citada, no resuelve la forma de realizar el cómputo para la caducidad de los asientos registrales sujetos a plazos determinados, no en años o en meses, (que se computan de fecha a fecha en virtud del artículo 5 del código civil y que en consecuencia quedan sujetos al régimen anteriormente señalado de los 88 días adicionales a su fecha), sino señalados en días, que además en el ámbito registral se entienden como regla general días hábiles, de conformidad con el artículo 109 del reglamento hipotecario antes citado y sin que aquí

proceda la excepción de la resolución de 11 de junio de 2020 por no haberse referido más que a las anotaciones que hayan de contarse de fecha a fecha. En tal caso y por analogía con lo expuesto con respecto a los asientos de presentación, el cómputo para su caducidad, contado en días hábiles, debe iniciarse el 10 de junio de 2020 si el asiento en cuestión se practicó durante el estado de alarma o reanudarse por el plazo que le reste en días hábiles a contar desde el estado de alarma, todo ello atendiendo a la disposición adicional cuarta del Real Decreto Ley 21/2020 de 9 de junio que dice «con efectos desde el 10 de junio de 2020, se alza la suspensión de los plazos de caducidad de los asientos registrales susceptibles de cancelación por el transcurso del tiempo, reanudándose su cómputo en esa misma fecha».

El 6 de septiembre de 2020 se cumplieron los 88 días de gracia máximo que la resolución de 11 de junio de 2020 concedió a los asientos sujetos a caducidad practicados y vigentes el 14 de marzo de dicho año. Ese día los plazos registrales recuperaron su normalidad, salvo las anotaciones y notas marginales con un plazo de caducidad mayor, que tendrán 88 días de vigencia sumados a los que las leyes les conceden. Los programas elaborados por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles fueron adoptados para tener en cuenta ese plazo especial añadido y serán muy útiles para tener en cuenta el día que dichos asientos vayan cumpliendo su plazo de caducidad.

Estas han sido las principales consecuencias que trajo el aplazamiento de los plazos en el funcionamiento ordinario de los Registros. Junto a ellas hay que señalar otras, más específicas, derivadas por medidas concretas que se han tomado con motivo de la pandemia ocasionada por el COVID-19 que pasamos a analizar a continuación.

II. MORATORIA DE DEUDA HIPOTECARIA PARA LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA HABITUAL

El Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 establece medidas conducentes a procurar la moratoria de la deuda hipotecaria para la adquisición de la vivienda habitual de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago como consecuencia de la crisis del COVID-19 desde el artículo 7 y hasta el artículo 16 de este real decreto-ley, ambos incluidos. Así en el artículo 8 1. Se establece que las medidas previstas en este real decreto-ley para la moratoria de deuda hipotecaria para la adquisición de vivienda habitual se aplicarán a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre en los supuestos de vulnerabilidad económica establecidos en el artículo 9 de este real decreto-ley y que estén vigentes a la fecha de entrada en vigor.

2. Estas mismas medidas se aplicarán igualmente a los fiadores y avalistas del deudor principal, respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario.

Dice el artículo 12 que los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación de este real decreto-ley podrán solicitar del acreedor, hasta quince días después del fin de la vigencia del presente real decreto-ley, una moratoria en el pago del presta-

mo con garantía hipotecaria para la adquisición de su vivienda habitual. Los deudores acompañarán, junto a la solicitud de moratoria, la documentación prevista en el artículo 11.

Artículo 13. Una vez realizada la solicitud de la moratoria a la que se refiere el artículo 12 de este real decreto-ley, la entidad acreedora procederá a su implementación en un plazo máximo de 15 días.

Una vez concedida la moratoria la entidad acreedora comunicará al Banco de España su existencia y duración a efectos contables y de no imputación de la misma en el cómputo de provisiones de riesgo.

El artículo 14 fija los efectos de esta moratoria:

1. La solicitud moratoria a la que se refiere el artículo 12 conllevará la suspensión de la deuda hipotecaria durante el plazo estipulado para la misma y la consiguiente inaplicación durante el periodo de vigencia de la moratoria de la cláusula de vencimiento anticipado que conste en el contrato de préstamo hipotecario.

2. Durante el periodo de vigencia de la moratoria a la que se refiere el presente capítulo la entidad acreedora no podrá exigir el pago de la cuota hipotecaria, ni de ninguno de los conceptos que la integran (amortización del capital o pago de intereses), ni íntegramente, ni en un porcentaje. Tampoco se devengarán intereses.

Artículo 15. Inaplicación de intereses moratorios.

1. En todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre en los supuestos de vulnerabilidad económica prácticas y acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, no se permitirá la aplicación de interés moratorio por el período de vigencia de la moratoria.

2. Esta inaplicabilidad de intereses no será aplicable a deudores o contratos distintos de los regulados en el presente real decreto-ley. Como complemento a lo anterior, el Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, el artículo 19 establece que la deuda hipotecaria o los préstamos hipotecarios a los que se refieren los artículos 7 a 16 ter del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, serán la deuda hipotecaria contraída o los préstamos hipotecarios contratados para la adquisición de: a) La vivienda habitual. b) Inmuebles afectos a la actividad económica que desarrollen los empresarios y profesionales a los que se refiere la letra a) del artículo 16.1. c) Viviendas distintas a la habitual en situación de alquiler y para las que el deudor hipotecario persona física, propietario y arrendador de dichas viviendas, haya dejado de percibir la renta arrendaticia desde la entrada en vigor del estado de alarma decretado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, o deje de percibirla hasta un mes después de la finalización del mismo.

El Real Decreto Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, estableció una serie de medidas sobre los arrendamientos y otras series de medidas que buscaban reducir costes a los autónomos y a las pymes. Aprovechando la situación incluyó una disposición adicional decimoquinta que cubría un hueco dejado por el anterior real decreto mencionado de 31 de marzo de 2020 sobre el otorgamiento unilateral de los instrumentos notariales necesarios para la inscripción en el registro de las moratorias a las que el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo se refería:

«Disposición adicional decimoquinta. Otorgamiento unilateral por el acreedor de los instrumentos notariales en que se formaliza la ampliación de plazo derivada

de la moratoria legal de los préstamos o créditos garantizados con hipoteca o mediante otro derecho inscribible distinto. 1. El reconocimiento de la aplicación de la suspensión de la deuda hipotecaria durante el plazo de tres meses prevista en el artículo 13.3 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, no estará sujeta a lo dispuesto en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de crédito inmobiliario. 2. Será obligación unilateral de la entidad acreedora la elevación a escritura pública del reconocimiento de la suspensión prevista en el artículo 13.3 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo por la citada entidad, a los efectos de que pueda procederse a la inscripción de la ampliación del plazo inicial en el Registro de la Propiedad. 3. Igualmente, será obligación unilateral de la entidad acreedora promover la formalización de la póliza o escritura pública en la que se documente el reconocimiento de la suspensión de las obligaciones contractuales en los créditos o préstamos sin garantía hipotecaria prevista en el artículo 24.2 del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 y, la inscripción, en su caso, en el Registro de Bienes Muebles, siempre que el crédito o préstamo estuviera garantizado mediante algún derecho inscribible distinto de la hipoteca o hubiera accedido al Registro. 4. Lo dispuesto en los apartados anteriores será de aplicación a cualquier solicitud de moratoria presentada al amparo del artículo 13.3 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo o del artículo 24.2 del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, aun cuando la solicitud del acreedor o incluso su aceptación por la entidad acreedora se hubieran producido con anterioridad a la entrada en vigor del presente real decreto-ley».

Todas estas moratorias tienen un importante beneficio arancelario en lo que respecta al registro de la propiedad de forma que su inscripción se beneficia con reducciones arancelarias de un 5% general de las hipotecas y un 50%, no pudiendo ascender de un máximo de 50 euros para estos casos especiales conforme al artículo 16 ter del Real Decreto Ley 8/2020.

De las mismas reducciones y con el mismo tope máximo se benefician además todas las moratorias convencionales libres, amparadas en el principio de autonomía de la voluntad recogido en el artículo 1255 del Código Civil, siempre que sean solicitadas por personas físicas en estado de vulnerabilidad económica.

III. CUENTAS ANUALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

En el campo del registro mercantil, además de la aplicación de las normas generales antes desarrolladas, cabe hacer referencia al comunicado conjunto del Colegio de Registradores y la Comisión Nacional del Mercado de Valores en relación con las cuentas anuales y la propuesta de aplicación del resultado de sociedades mercantiles en el contexto de la crisis sanitaria derivada del COVID-19.

Trata de la formulación de CA y PAR distinguiendo según se hubiera convocado o no junta.

«El art. 253 LSC requiere que en las sociedades de capital los administradores formulen dentro de los tres primeros meses del ejercicio las cuentas anuales, el informe de gestión (que incluirá el EINF) y la propuesta de aplicación del resultado. El art.

260.20.º de la misma ley establece que, como parte del contenido mínimo de la memoria anual, que es uno de los elementos de las cuentas anuales individuales, se incluirá: “la propuesta de aplicación del resultado”. Y en el art. 160.a) de la LSC se indica que la junta general deberá acordar la aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social. Aunque ni el art. 253 ni el art. 160 exigen la formulación por el consejo, o la aprobación por la junta, de todos estos asuntos simultáneamente, eso es lo habitual. Ahora bien, la situación derivada de la crisis sanitaria del COVID 19 es una circunstancia absolutamente extraordinaria que normalmente no ha sido tenida en cuenta por las entidades. En el contexto de esta situación extraordinaria, el Colegio de Registradores de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores consideran que las entidades pueden, entre otras alternativas, optar por lo siguiente: 1.– Si el órgano de administración lo considera necesario, deberá reformular las cuentas anuales (CC. AA.) y modificar la propuesta de aplicación del resultado (PAR) incluida en la memoria, para que las CC. AA. recojan la última PAR que va a someterse a la junta (recordemos que el art. 38.c del Código de Comercio exige la reformulación en determinados casos, por riesgos que se materialicen entre la formulación y la junta, y el cambio en la PAR deviene de la materialización del riesgo del coronavirus). En igual sentido se pronuncia la Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019 en su artículo 25, Reformulación de cuentas. Si la junta estuviera convocada, la reformulación obligaría a desconvocar la junta por razones de fuerza mayor. Sobre la desconocatoria de la junta después del estado de alarma en relación con juntas cuya convocatoria se ha anunciado antes *vid.* artículo 40.6 *in fine* del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (RDL 8/2020). El precepto citado es aplicable a entidades cotizadas y a no cotizadas. 2.– Sin llegar a reformular las CC. AA., lo que no será automáticamente necesario por el solo hecho de tener que adaptar la PAR a la situación derivada de la crisis sanitaria y puede resultar especialmente gravoso al exigir la reformulación y una nueva auditoría de cuentas, las entidades con juntas no convocadas pueden sustituir la propuesta de aplicación de resultados contenida en la memoria de las CC. AA. formulada por otra propuesta alternativa y ajustada a la situación de crisis sanitaria derivada del COVID 19 que apruebe el órgano de administración. Esta nueva propuesta del órgano de administración, que es la que se someterá a la Junta, deberá justificar el nuevo contexto y los cambios recientes acaecidos en las circunstancias económicas y sanitarias, e ir acompañada de un escrito del auditor de cuentas, en el que indique que el cambio no habría modificado su opinión de auditoría si hubiera conocido en el momento de su firma la nueva PAR. En el caso de entidades cotizadas la nueva propuesta y el escrito del auditor deberán hacerse públicas como información complementaria a las cuentas anuales tan pronto como se aprueben, en la web de la entidad y en la de la CNMV como Otra Información Relevante (OIR) o, en caso de ser preceptivo atendiendo al caso concreto, como Información Privilegiada (IP). 3 . – Tratándose de entidades con juntas convocadas, el órgano de administración puede optar igualmente por proponer el diferimiento de la decisión sobre la PAR contenida en la convocatoria de la Junta a una junta posterior que deberá celebrarse dentro del plazo previsto 3 legalmente para la celebración de la junta ordinaria (plazo ampliado por el RDL 8/2020). A diferencia de las entidades con junta no convocada, en este caso en la junta ya convocada solo cabe proponer el retraso de la decisión sobre la PAR dada la existencia de delegaciones y votos ya conferidos o emitidos en favor de la propuesta incluida en la convocatoria. La nueva junta que se convoque podrá incluir una PAR

distinta de la que incorporaba la convocatoria de la primera Junta. El objeto del diferimiento en la decisión es precisamente poder adaptar la misma al nuevo contexto. Esta opción exigiría igualmente los mismos requisitos de justificación, escrito de auditor de cuentas y publicidad señalados en el apartado anterior, debiendo publicarse la decisión de diferimiento no más tarde de la constitución de la junta convocada y la información complementaria, antes de la nueva junta que se convoque a tal efecto. Desde la perspectiva contable, el resultado contable neto se llevará a cubrir pérdidas o a remanente (Resultados Pendientes de aplicación, cuenta 120 de «Remanente» del Plan General de Contabilidad). A efectos del depósito de cuentas, la certificación del órgano de administración deberá hacer constar la no aprobación de la propuesta de aplicación de resultados (*vid.* artículo 378.5 del Reglamento del Registro Mercantil sobre la certificación de no adopción de un acuerdo social).

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AMÉRIGO ALONSO, J., «¿Cómo habrá de formalizarse la moratoria de los préstamos a consecuencia del COVID-19?», *Diario La Ley* n.º 9630, *Sección Tribuna*, 12 de mayo de 2020, Wolters Kluwer.
- ARTIÑANO MARRA, P., «Posible aplicación de la cláusula rebus sic stantibus en las operaciones inmobiliarias a raíz de la Covid-19», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 782, 2020, pp. 3869-3882.
- BALLUGERA GÓMEZ, C., «Visión rápida de algunas dudas sobre la moratoria hipotecaria por coronavirus», *Boletín del Colegio de Registradores de España* n.º 76 (3.ª época), 2020, pp. 1143-1155.
- BALLUGERA GÓMEZ, C., «Moratoria sectorial por coronavirus», *Boletín del Colegio de Registradores de España* n.º 79 (3.ª época), 2020, pp. 1828-1845.
- DE LA MORENA, G.; DE LA MORENA, A., «COVID-19 y concurso de acreedores», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 33, *Sección Ponencias*, Segundo semestre de 2020, Wolters Kluwer, pp. 193-212.
- DE LA MORENA, G.; DE LA MORENA, A., «COVID-19 y concurso de acreedores», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 33, *Sección Ponencias*, Segundo semestre de 2020, Wolters Kluwer, pp.193-212.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «¿Cómo habrá de formalizarse la moratoria de los préstamos a consecuencia del COVID-19?», *Revista de Derecho del Mercado de Valores* n.º 26, *Sección Estudios*, *Sección Estudios*, Primer semestre de 2020, Wolters Kluwer.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «Los efectos del COVID-19 en el derecho inmobiliario: especial referencia a las moratorias hipotecarias», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 780, 2020, pp. 2352-2370.
- INSTRUCCIÓN DE 28 DE MAYO DE 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre levantamiento de la suspensión de plazos administrativos. BOE n.º 153, de 30 de mayo de 2020, *Referencia: BOE-A-2020-5475*.
- JIMÉNEZ PARIS, T. A., «Arrendamientos de vivienda, epidemia del COVID-19 y estado de alarma», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 780, 2020, pp. 2430-2455.
- JIMÉNEZ PARIS, T. A., «Moratoria hipotecaria, epidemia del COVID-19 y estado de alarma», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n.º 781, 2020, pp. 3206-3226.
- OLIVA IZQUIERDO, A. M., *Resumen de la suspensión de los diferentes asientos registrales*, 2021.

LEYES DE POLICÍA: EL IMPACTO DE LA PANDEMIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Elena RODRÍGUEZ PINEAU*

Resumen

La visión más tradicional del Derecho internacional privado, fundamentada en la neutralidad de sus reglas y la fungibilidad de los sistemas jurídicos, que permite garantizar la continuidad transfronteriza de los derechos, está siendo cuestionada desde hace un tiempo. La tensión entre la autonomía de la voluntad y la intervención del Estado mediante normas unilaterales que pretenden su aplicación extraterritorial en defensa de intereses jurídico-públicos (o regulatorios) ya estaba presente con anterioridad a la COVID-19. En este sentido no puede afirmarse que la pandemia haya afectado especialmente a esta rama del Derecho. Pero el recurso generalizado a las leyes de policía por parte de los ordenamientos estatales para responder al escenario de la COVID-19 permite reflexionar sobre en qué medida no estamos ante un punto de inflexión que lleve a un cambio de paradigma, en el que el Derecho internacional privado deba responder a otras necesidades del tráfico jurídico transfronterizo.

Palabras clave

Leyes de policía, pandemia, Derecho de la UE, cambio de paradigma.

Abstract

The traditional approach to private international law, as a system of rules premised on neutral rules and the interchangeability of legal systems that helps private parties to overcome the hurdles of the territoriality of those legal systems, has been in crisis for a while. The tension between party autonomy and State intervention (by means of unilateral rules that claim extraterritorial application in order to protect regulatory –or public– interests) was well present before the COVID-19 pandemic. It may

* Profesora titular de Derecho Internacional Privado (UAM).

thus be sustained that the latter has not had a particular impact on private international law. However, the acknowledgement that States have made widespread use of overriding mandatory rules as a tool to deal with the COVID-19 scenario raises the point whether this is not a turning point for private international law, where a paradigm shift may be necessary in order to address the present needs of cross-border legal relations.

Keywords

Overriding mandatory rules, pandemics, EU law, paradigm shift.

SUMARIO: I. Introducción. II. El redescubrimiento de las normas imperativas. 1. Leyes de policía. 2. Las normas imperativas para la protección de intereses particulares. III. La proclamación por la norma como de naturaleza internacionalmente imperativa. 1. Alcance de la declaración como ley de policía por parte del Estado que dicta la norma. 2. Alcance de la competencia de los Estados miembros para dictar leyes de policía. IV. ¿Leyes de policía como cambio de paradigma del DIPr?. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho internacional privado (en adelante, DIPr), en particular la determinación de la ley aplicable, es una rama del ordenamiento que en Europa tradicionalmente se ha presentado como de reglas neutras que pretenden identificar cuál es el sistema que debe gobernar una relación jurídica con elemento transfronterizo, atendiendo a la vinculación de un ordenamiento jurídico con esa situación (típicamente, la sede de Savigny). (1) Esta configuración del DIPr, forjada en el siglo XIX, entiende el DIPr como un sistema de reparto de la jurisdicción (en sentido amplio, no limitado al ejercicio del poder jurisdiccional) de los Estados, reflejando una visión liberal del mundo en la que en principio existe paridad entre todos los ordenamientos (al menos los occidentales). Esta filosofía se plasma en normas de conflicto bilaterales que permiten identificar el ordenamiento al que queda sujeta una concreta relación jurídico-privada con elemento internacional. Este modelo se mantiene en el siglo XX si bien a partir de mediados de este siglo se observa un cambio importante: la sociedad surgida tras la Segunda Guerra Mundial y los principios ordoliberales configuran un giro hacia un sistema en el que el acento viene a ponerse más en el sujeto del DIPr que en el reparto de competencias entre los Esta-

(1) Alternativamente, también el criterio de la conexión «nacionalidad» encontró un fuerte predicamento con las doctrinas de Mancini. Una versión revisitada de esta teoría puede verse en JAYME, E., *Della nazionalità come fondamento del Diritto delle genti di Pasquale Stanislao Mancini*, Turín, 1994.

dos. (2) En otros términos, las reglas de DIPr se presentan como las normas que permiten asegurar la continuidad transfronteriza de los derechos de las personas, de modo que aquella relación que se ha constituido válidamente en el marco de un ordenamiento pueda seguir existiendo una vez que se atraviesa la frontera. Técnicamente este giro se concreta en varios elementos: por una parte, en el creciente reconocimiento del principio de la autonomía conflictual, que va acompañado al mismo tiempo de una materialización de las reglas, *i. e.* la pérdida de la neutralidad de las normas de conflicto (por ejemplo, mediante normas que incluyen conexiones en cascada para alcanzar un resultado concreto, como la obtención de alimentos, o diseñadas para favorecer a una parte contractual débil, como los consumidores). (3) Pero también se observa la introducción de normas de carácter unilateral orientadas al aseguramiento de la consecución de determinados fines (*v. gr.* sanciones económicas a un Estado, protección de la libre competencia, etc.) que conviven con las normas de conflicto bilaterales. (4) En el marco de esta evolución, en el siglo XX también se observa una creciente internacionalización o «regionalización» de las normas de conflicto, como resultado de procesos de integración, primero económica y luego jurídica, claramente en la Comunidad Europea-Unión Europea, que ha favorecido una armonización de las normas de conflicto y la consiguiente limitación del poder de los Estados participantes en dichos procesos para configurar su sistema conflictual. (5)

Esta tendencia hacia la materialización e incorporación de intereses concretos en las normas del DIPr se ha mantenido en los primeros años del siglo XXI, al mismo tiempo que, en paralelo, se observa un resurgir de políticas proteccionistas en algunos países (con una vuelta a una visión más soberanista del DIPr) que concurre con normativas de carácter regulatorio (como los mercados financieros) (6) o que tienen como finalidad la protección de bienes colectivos (como la protección de datos personales en la UE). (7) Metodológicamente esta tendencia se manifiesta

(2) Esta tendencia contrasta con otras corrientes desarrolladas en los Estados Unidos de América, en particular en los años 60, donde se imponen nuevas aproximaciones a los conflictos de leyes más centradas en la ponderación de intereses gubernamentales concurrentes (el *governmental interest analysis* de Brainerd Currie o David Cavers) que no dejaron de tener su impacto posteriormente en las normas europeas cuarenta años después (SILBERMAN, L., “(American) Conflict of Law Revolution”, *Encyclopedia of Private International Law*, Basedow, J., Rühl, G., Ferrari, F., De Miguel Asensio, P., (eds.), Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 66-70).

(3) Sobre la materialización, especialización y flexibilización de las normas de conflicto es clásica la referencia a GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé», *Rec. des Cours*, vol. 287, 2000.

(4) Tradicionalmente se atribuye la cristalización de estas reglas al trabajo de FRANCESCAKIS, P., «Quelques précisions sur les ‘lois d’application immédiate’ et leurs rapports avec les règles de conflits de lois», *RCDIP*, 1966, pp. 1-18. Sin embargo, para FRANCO, S., “Party autonomy and regulation: Public interests in Private international law”, *Japanese Yearbook of International Law*, 2016, pp. 251-300, pp. 270-275, es posible identificar estas normas ya en la teoría de Savigny.

(5) El impacto del Derecho europeo en este sector es tan relevante que ha revivido el debate sobre la función de las normas de conflicto en el marco de la Unión Europea, que operarían con una función más publicista, como reglas de distribución de soberanía entre los Estados miembros. Sobre el tema, MOYA, D., «Conflits intra-européens de lois et conflits de souverainetés», *JDI*, vol. 147(2), 2020, pp. 529-569, pp. 532-533.

(6) Sobre la dificultad de identificar cuáles son estas *regulatory rules* y su delimitación con las normas de Derecho privado, FRANCO, S., “Party Autonomy and Regulation...”, *cit.* pp. 255-260.

(7) Es interesante observar cómo en estos sectores más regulatorios se propone, junto con medidas de carácter público, el recurso a las técnicas del Derecho internacional privado para promover la

en el recurso a normas que extienden la aplicación de estas reglas más allá del territorio del Estado que las dicta, principalmente a través de normas unilaterales. (8) La concurrencia de estas regulaciones, con un perfil más jurídico-público que privado, y, con pretensiones de aplicación extraterritorial, está replanteando la adecuación de los mecanismos tradicionales del DIPr y su posible revisión para abordar dicha concurrencia o solapamiento normativo. (9)

Es en este contexto donde puede entenderse la respuesta que algunos ordenamientos han dado a la pandemia de la COVID-19 en términos de DIPr. La pandemia tiene impacto en las relaciones jurídico privadas en numerosos supuestos que se analizan en este volumen. En la medida en que esa relación presente algún elemento transfronterizo, habrá que valorar en qué medida las soluciones adoptadas en el ámbito interno pueden o deben tener un efecto en esa relación. Así, por ejemplo, habrá que valorar cómo pueden invocarse cláusulas del tipo *rebus sic stantibus* o la fuerza mayor en un contrato internacional, concluido entre una empresa española y otra extranjera; (10) qué efecto tiene la paralización de plazos en el cumplimiento de dicho contrato, o el alcance de normas de protección de partes débiles en el contrato, como los trabajadores, si aquél presenta un elemento transnacional. Pero también el impacto de la pandemia se ha sentido en supuestos con un marcado carácter transfronterizo, *v. gr.* cuando se decide limitar o restringir las exportaciones de bienes considerados de especial relevancia o las inversiones extranjeras. (11)

En principio, y a diferencia de otros sectores del Derecho privado, el impacto de la pandemia en el sistema del DIPr no ha supuesto la elaboración de normas específicas para abordar sus consecuencias. (12) Aunque sí ha sido necesario inter-

tutela civil (o *private enforcement*) de determinadas políticas y derechos, como el Derecho del *anti-trust* (RODRÍGUEZ PINEAU, E., “Conflict of laws comes to the rescue of competition law”, *JPIL*, vol. 5, 2009, pp. 311-336) o la protección de datos (DE MIGUEL ASENSIO, P., «Competencia y Derecho aplicable en el Reglamento general sobre protección de datos de la Unión Europea», *REDI*, vol. 69, 2017, pp. 75-108).

(8) FRANCO, S., “Unilateralism”, *Encyclopedia of Private International Law*, Basedow, J., Rühl, G., Ferrari, F., De Miguel Asensio, P., (eds.), Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 1779-1791, pp. 1788-1789.

(9) LEHMANN, M., “Regulation, global governance and private international law: squaring the triangle”, *JPIL*, vol. 16, 2020, pp. 1-30. De hecho, son muchas las aproximaciones críticas al Derecho internacional privado que cuestionan que estas normas limiten su aplicación a supuestos estrictamente privados, cuando la realidad es más compleja (*e. g.* MUIR-WATT, H., “Private International Law: Beyond the Schism”, *Transnational Legal Theory*, vol. 2(3), 2011, pp. 347-428) o que inciden en la incapacidad de ajustarse a las nuevas necesidades que esta realidad implica, superando una concepción neutral de sus reglas (*v. gr.* CARBALLO PIÑEIRO, L. y KRAMER, X., “The Role of Private International Law in Contemporary Society: Global Governance as a Challenge”, *Erasmus Law Review*, vol. 7, 2014, pp. 109-112).

(10) IRIARTE ÁNGEL, J. L. y CASADO ABARQUERO, M. «Incidencia del COVID-19 sobre los contratos internacionales y fuerza mayor», *Covid-19: conflictos jurídicos actuales y desafíos*, Luquín Bergareche, R. (dir.), Bosch Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 346-362.

(11) Como ejemplo puede verse la Comunicación de la Comisión en sus «Orientaciones dirigidas a los Estados miembros en relación con las inversiones extranjeras directas y la libre circulación de capitales de terceros países, así como la protección de los activos estratégicos de Europa, antes de la aplicación del Reglamento (UE) 2019/452» (Reglamento para el control de las inversiones extranjeras directas) (DOUE 2020/C 99 I/01) y sus desarrollos nacionales en https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157946.pdf

(12) Sobre la conveniencia y justificación del alcance de este Derecho privado especial, por ejemplo, GARCÍA RUBIO, M. P., «Medidas en materia de contratos por el COVID-19 en España», en *RDC*, vol.

pretar cómo deben incorporarse estas modificaciones del Derecho material en un contexto transfronterizo. Pero más allá de estos ajustes, las reglas del DIPr permiten abordar sin excesiva dificultad las cuestiones problemáticas generadas por la pandemia aplicando los mecanismos conflictuales a los esquemas existentes. En esencia, se trata de analizar el funcionamiento de las normas de conflicto incorporadas en el Reglamento (CE) No 593/2008, Roma I, en materia de obligaciones contractuales (en adelante, RRI(13)) mediante la determinación de la *lex contractus* y el análisis de su alcance. (14)

Más interesante desde el punto de vista del impacto de la pandemia en el sistema del DIPr es el «redescubrimiento» de las normas imperativas internacionales, *i. e.* aquellas que pretenden imponerse a la ley del contrato para asegurar la consecución de determinados fines (públicos). Con cierta facilidad se ha asumido que la mayoría de las normas dictadas para abordar los efectos de la pandemia podrían tener este carácter, si bien en el marco europeo su caracterización como tales y su aplicación depende de su ajuste a las condiciones del Reglamento Roma I (*infra* II). Por otra parte, tal vez para superar estas dudas, algunos ordenamientos han aclarado que las normas tenían ese carácter de leyes de policía, auto-calificación cuya utilidad se discute y cuya compatibilidad con el Derecho europeo se ha cuestionado (*infra* III). El análisis de estas cuestiones nos permitirá concluir si realmente el recurso a las leyes de policía puede ser efectivo en tiempos de pandemia y en qué medida sacude la concepción del DIPr como instrumento para la coordinación de sistemas jurídicos y como garantía para los particulares de la continuidad de las relaciones jurídico-privadas en un contexto transfronterizo (*infra* IV).

II. EL REDESCUBRIMIENTO DE LAS NORMAS IMPERATIVAS

Las normas imperativas –internacionalmente imperativas– son un tipo de reglas que pretenden asegurar la eficacia de determinadas políticas del Estado (o de un espacio económico integrado, como la Unión Europea), a través del establecimiento de manera unilateral del ámbito de aplicación de dichas reglas, con la pretensión de que se impongan a cualquier otra posible regulación concurrente y contradictoria con éstas. (15) En otros términos, las normas imperativas, también denominadas leyes de policía, concurren en su aplicación con las que normalmente resultan aplicables en las situaciones jurídico privadas con elemento internacional,

VII, n.º 2, 2020, pp. 15-46; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «¿Un Derecho privado especial para el estado de alarma? El ejemplo del concurso» en *El almacén de derecho* (21 abril 2020) (<https://almacenderecho.org/un-derecho-privado-especial-para-el-estado-de-alarma-el-ejemplo-del-concurso>).

(13) Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DO L 177/6 de 4 julio 2008).

(14) DE MIGUEL ASENSIO, P., «Medidas de emergencia y contratos internacionales», *La Ley Unión Europea*, n.º 81, mayo 2020, pp. 1-12; VAQUERO LÓPEZ, C., «El alcance de las medidas de emergencia adoptadas por el legislador español con motivo de la COVID-19 sobre los contratos internacionales», *Revista de Derecho de la competencia y de la distribución*, n.º 26 (enero-junio 2020).

(15) Se trata pues de normas diferentes a las normas imperativas del art. 3 RRI, *i. e.* indisponibles por las partes, cuya aplicación podría intentarse evitarse mediante la elección de una ley aplicable de otro Estado en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

i. e. las normas de conflicto. En el Derecho español, y en el ámbito contractual, el reconocimiento de las leyes de policía y su integración en el proceso de aplicación del Derecho está recogido en el art. 9 RRI. Parece natural, pues, que se recurra a este tipo de reglas en situaciones como las de la pandemia (*infra* 1). Ahora bien, no son las únicas normas imperativas que pueden afectar a la regulación transfronteriza del contrato, puesto que el propio RRI prevé la aplicación de ciertas normas imperativas para proteger a la parte débil contractual (arts. 6 y 8). Dado que algunas de las medidas adoptadas en el contexto de la pandemia afectaban a este tipo de relaciones, resulta relevante distinguir su alcance y aplicación en estos supuestos (*infra* 2).

1. LEYES DE POLICÍA

El art. 9 RRI define las leyes de policía en su apartado 1, conforme al cual lo son aquellas disposiciones «cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato». El art. 9 distingue dos tipos de leyes de policía: por una parte, las del foro, *i. e.* del tribunal que conoce del asunto litigioso, que deberá aplicarlas siempre; y por otra, las de un ordenamiento distinto, en cuyo caso podrán ser tenidas en cuenta siempre y cuando su aplicación suponga la ilicitud del contrato. En este sentido, el art. 9 RRI es más restrictivo en las condiciones de aplicación que su predecesor, el art. 7 CR1980, que no imponía esta última exigencia sobre la ilicitud del contrato. (16) Este tercer Estado no tiene por qué ser el de la ley del contrato, aunque parece evidente que la aplicación de las normas imperativas de este ordenamiento puede entenderse incorporada a la aplicación de la *lex contractus*. (17) Las leyes imperativas, por tanto, no desplazan la aplicación inicial de la ley del contrato, pero pretenden imponerse a ésta en determinadas condiciones: siempre, si se trata de normas imperativas del foro, o tras una evaluación de las consecuencias de su posible aplicación, en términos de la ilicitud del contrato, en el resto de los supuestos. Que la norma imperativa extranjera no pueda ser aplicada directamente conforme al art. 9 RRI no excluye que no pueda ser considerada de otro modo, ya que como aclaró el TJUE en el asunto *Nikiforidis*, esta norma extranjera puede ser incorporada como dato a la hora de valorar la aplicación de la *lex contractus*. (18)

Entre las primeras medidas adoptadas para abordar el impacto de la pandemia fueron muchos los Estados que impusieron una paralización de los plazos, tanto en

(16) Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (DOCE C 27/34 de 26 de enero 1998), que como consecuencia de la «comunitarización» del DIPr con el Tratado de Amsterdam, y la correspondiente asunción de la competencia para regular en estas materias por parte de la Unión, fue «reconvertido» en el Reglamento (CE) 593/2008, Roma I. Sobre el proceso de comunitarización (luego europeización) del Derecho internacional privado, BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «La comunitarización del Derecho internacional privado: pasado, presente y futuro», *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2002, pp. 285-318.

(17) CORDERO ÁLVAREZ, C. I., «Incidencia de las normas imperativas en los contratos internacionales: especial referencia a las normas de terceros Estados desde una aproximación europea», *CDT*, vol. 9(2), 2017, pp. 174-193, p. 183.

(18) STJUE de 18 octubre 2016, asunto C-135/15, *Nikiforidis* (ECLI:EU:C:2016:774).

el ámbito procesal como en el sustantivo. (19) Inmediatamente se planteó la cuestión acerca de la naturaleza de norma de policía de este tipo de disposiciones, con el consiguiente posible efecto que tendrían en el cumplimiento del contrato. Un análisis correcto de estas disposiciones exige comprobar, en primer lugar, que se trata de normas que protegen alguno de los intereses identificados en el art. 9.1 RRI. ¿Es la paralización de los plazos una medida que se adopta para la salvaguardia de intereses públicos tales como organización política, social o económica de ese Estado, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación? A la luz de las circunstancias de la pandemia, no parece difícil responder en sentido afirmativo. (20) Y ello sin perjuicio de que, en el marco del art. 16 del Reglamento 864/2007, Roma II, (21) el TJUE haya declarado que otras normas relativas al cómputo de plazos no puedan ser consideradas como leyes de policía. (22) De este modo, al responder afirmativamente a esta primera cuestión, tratándose de una disposición del foro, el tribunal español debería aplicarla en todo caso, con independencia de lo que establezca la ley aplicable al contrato en materia de plazos, conforme a lo previsto en el art. 9.2 RRI. Por el contrario, cuando se valorara la aplicación de una disposición de otro ordenamiento, *v. gr.* el del Estado donde tuvieran que cumplirse las obligaciones del contrato, la toma en consideración de la norma debería estar precedida de un análisis sobre el impacto de su aplicación en el contrato, es decir, conforme al art. 9.3 RRI su aplicación debería comportar la ilegalidad de aquél. (23)

2. LAS NORMAS IMPERATIVAS PARA LA PROTECCIÓN DE INTERESES PARTICULARES

Junto con estas leyes de policía, el RRI regula otras normas imperativas cuya finalidad es la de proteger a determinadas partes contractuales, en concreto la parte débil en los contratos de protección, *i. e.* trabajadores y consumidores (arts. 6 y 8

(19) A título de ejemplo, en España, D. A. 4.ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, (BOE n.º 67 de 14 de marzo 2020); Italia, arts. 83 y 91 Decreto legge n.º 18, 17 de marzo de 2020 (GU n.º 70 de 17 de marzo de 2020); Francia, Ordonnance n.º 2020/306 de 25 de marzo relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT0000041756550/2020-04-19/>; Austria, §1(1) Bundesgesetz betreffend Begleitmaßnahmen zu COVID-19 in der Justiz (1. COVID-19-Justiz-Begleitgesetz – 1. COVID-19-JuBG) (StF: BGBl. I Nr. 16/2020).

(20) TORRALBA MENDIOLA, E., «La consideración como ley de policía de la suspensión de los plazos de prescripción de acciones del Real Decreto 463/2020 COVID-19: contratos sujetos a Derecho extranjero» (6 de abril 2020) en <https://www.ga-p.com/publicaciones/la-consideracion-como-ley-de-policia-de-la-suspension-de-los-plazos-de-prescripcion-de-acciones-del-real-decreto-463-2020-covid-19-contratos-sujetos-a-derecho-extranjero/>

(21) Reglamento (CE) N.º 864/2007 del Parlamento europeo y del Consejo, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (DOCE L199/40, 2007).

(22) STJUE de 31 de enero 2019, asunto C-149/18 *Da Silva Martins* (ECLI:EU:C:2019:84); DE MIGUEL ASENSIO, P., «Medidas de emergencia...», *op. cit.* p. 9.

(23) Las moratorias bancarias también han sido objeto de este tipo de análisis, puede verse por ejemplo el caso del Decreto Ley n.º 10-J/2020 portugués, de 26 de marzo (con elementos de Derecho comparado) en PERESTRELO DE OLIVEIRA, M., «Operações de crédito, financiamentos internacionais e moratória bancária em tempos de Covid-19», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Lisbon Law review)*, vol. LXI, 2020/1, pp. 429-454, pp. 443-452.

RRI, respectivamente). En estos supuestos la finalidad de las normas no es la consecución de una tutela de intereses públicos, sino la protección de esa parte débil. Ello supone que su aplicación esté circunscrita a la valoración de cuál es la posición de la parte débil en el marco contractual conforme a la ley aplicable (*lex contractus*). Solo si dicha ley no asegura los mínimos que la norma imperativa en la que esta parte débil confía (v. gr. la de su domicilio, como consumidor, o la del lugar de trabajo, en el caso de los trabajadores), se impone la aplicación de esta última. Esta distinción es en ocasiones fuente de confusión, como se ha podido observar con relación a las normas dictadas para abordar situaciones afectadas por la pandemia de la COVID-19.

En efecto, algunas de las normas cuya aplicación se ha sostenido como imperativa, en tanto leyes de policía, afectaban a relaciones en las que una de las partes podía tener la consideración de «débil». Así puede verse claramente con algunas normas relativas a la protección del empleo, (24) o en supuestos relativos al reembolso de viajes contratados por consumidores. (25) Ahora bien, el hecho de que estas medidas puedan afectar a una parte débil, típicamente el consumidor, no implica de modo necesario que las medidas se adopten en defensa de sus intereses. (26) Y similar constatación se ha hecho respecto de la normativa española: el Real Decreto Ley 11/2020 incluye en su capítulo I una sección relativa a «medidas de protección de consumidores» cuyo art. 36, pese al título de la sección, incorpora soluciones que parecen reducir los derechos de éstos –tal y como están previstos por la normativa europea en materia de consumo– frente a los del profesional. (27)

En este sentido, la calificación de estas normas como imperativas depende del interés tutelado por las reglas, siendo relevante identificar si su objetivo primordial era atender fundamentalmente a la protección de intereses particulares o bien a intereses de carácter general. En el primer caso deberían encuadrarse en el marco de los arts. 8 (protección de consumidores) o 6 (protección de trabajadores) del RRI, mientras que, en el segundo, se trataría de leyes de policía del art. 9 RRI. Por otra parte, esta distinción no es siempre fácil, ya que la tutela de ciertos particulares puede tener un impacto más allá de la protección directa que las normas procuran, v. gr. porque inciden en el funcionamiento del mercado. Así, se ha defendido que las normas italianas relativas a los contratos de viaje no solo pretendían asegurar ciertas condiciones contractuales sino que, en última instancia, perseguían un fin último de interés público, i. e. evitar que las partes que hubieran contratado esos viajes se desplacen, propagando de este modo el virus. (28) En otros términos, aun

(24) Art. 46 Decreto-legge de 17 de marzo de 2020, n.º 18 (GU n.º 70 de 17 de marzo de 2020).

(25) Art. 28 Decreto-legge de 2 de marzo de 2020, n.º 9 (GU n.º 53 de 2 de marzo de 2020).

(26) Así lo sostiene, por ejemplo, respecto del art. 46 del Decreto-legge de 17 de marzo de 2020 n.º 18, BENINI, C., “The COVID-19 crisis and employment contracts: the Italian emergency legislation on dismissals”, en *EAPIL Blog*, 11.5. 2020 (<https://eapil.org/2020/05/11/the-covid-19-crisis-and-employment-contracts-the-italian-emergency-legislation-on-dismissals/>) y del art. 28 del mismo Decreto-legge en el comentario a PIOVESANI, E., “Italian self-proclaimed overriding mandatory provisions to fight coronavirus”, en *EAPIL Blog*, 19.3.2020 (<https://conflictolaws.net/2020/italian-self-proclaimed-overriding-mandatory-provisions-to-fight-coronavirus/>).

(27) Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE n.º 91 de 1 de abril); sobre estas normas, *vid.* VAQUERO LÓPEZ, C. «El alcance de las medidas.....» *cit. supra*, epígrafe IV.2.

(28) BENINI, C., *cit supra* nota 26.

cuando exista tutela de intereses particulares, no puede descartarse de manera absoluta una calificación como leyes de policía y la consiguiente aplicación del art. 9.1 RRI. (29)

La intervención del legislador puede introducir elementos interpretativos adicionales relevantes. En efecto, en algunas ocasiones la propia norma establece este carácter de interés general de sus soluciones, como ocurre en el caso español con la Exposición de motivos del Real Decreto 463/2000, lo que plantea la cuestión acerca de si esta declaración impregna necesariamente todas las reglas del texto, con independencia de los intereses a los que éstas atiendan. Siendo esto así, quedaría justificado, entonces, sostener el carácter de leyes de policía para este tipo de normas. (30)

III. LA PROCLAMACIÓN POR LA NORMA COMO DE NATURALEZA INTERNACIONALMENTE IMPERATIVA

Cuestión distinta es si la respuesta anterior es también válida cuando el legislador nacional establece que las normas dictadas en el contexto de la pandemia tienen carácter de leyes de policía. Es decir, no se trata de que el carácter imperativo de la norma se colija del contexto, sino de que la propia norma lo decreta. En efecto, en algunos supuestos, el propio legislador nacional ha calificado algunas de las normas producidas en el marco de la pandemia como normas internacionalmente imperativas (o leyes de policía) a los efectos del art. 9 RRI. Este es el caso del legislador italiano en relación con las normas relativas al reembolso del precio pagado por transportes, paquetes de viaje o reservas hoteleras por determinadas personas afectadas por la COVID-19. (31) O el del legislador griego en relación con la cancelación de vuelos, de transporte marítimo de pasajeros, paquetes turísticos y contratos entre empresas turísticas, con una normativa que, en lugar de un reembolso del precio, ofrecía la opción de canjear por bonos, estableciendo que estas disposiciones se aplicarían con carácter imperativo con independencia de cuál fuera la ley aplicable al contrato. (32)

Estas disposiciones suscitan, por tanto, dudas «sustantivas» sobre el alcance de la proclamación como imperativa por el legislador estatal (*infra* 1). Pero, por otra parte, también se ha cuestionado la validez de estas normas en términos competenciales, en la medida en que, al regular mediante normas imperativas, el Estado interviene en un ámbito, *i. e.* la regulación conflictual, que en la actualidad es competencia de la Unión Europea (*infra* 2).

(29) ÁLVAREZ CORDERO, C. I., «Incidencia de las normas imperativas...», *op. cit.* p. 179.

(30) VAQUERO LÓPEZ, C., «El alcance de las medidas...» *cit. supra*, epígrafe IV.2; DE MIGUEL ASENSIO, P., «Medidas de emergencia...», *op. cit.* p. 5.

(31) Art. 88 bis para 13 del Testo coordinato del Decreto-legge 17 de marzo de 2020 n.º 18 (<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/04/29/20A02357/sg>).

(32) Arts. 61, 65, 70 y 71 del Acta de contenido legislativo de 13 de abril de 2020, disponible en <http://www.dsanet.gr/Epikairothta/Nomothesia/pnp13-4-2020.htm>. *Vid.* ANTHIMOS, A., “Covid-19 and overriding mandatory provisions”, en <https://conflictoflaws.net/2020/covid-19-and-overriding-mandatory-provisions/> (15 de abril de 2020).

1. ALCANCE DE LA DECLARACIÓN COMO LEY DE POLICÍA POR PARTE DEL ESTADO QUE DICTA LA NORMA

Los elementos analizados en el epígrafe anterior ponen de manifiesto que la delimitación entre las distintas normas imperativas (de protección o leyes de policía) no es siempre fácil, puesto que la finalidad que unas y otras pueden perseguir no son necesariamente excluyentes. Pero desde un punto de vista doctrinal esta aproximación difumina los contornos teóricos de estas reglas y podría quedar en entredicho si el elemento relevante fuera la declaración como ley de policía por parte del legislador nacional. De este modo, como se ha criticado, hay un riesgo de que los intereses individuales (o privados) se transformen «por orden del mufti» en intereses supra-individuales (o públicos). (33) Conviene recordar, a estos efectos, que la interpretación del art. 9 RRI debería ser restrictiva, entre otras razones por el impacto que tiene en la autonomía de la voluntad de las partes para elegir la ley aplicable al contrato. (34)

Es por ello que la calificación de determinadas normas como imperativas o leyes de policía por parte de los Estados no puede ser determinante, en el sentido de que tal calificación implique siempre la defensa de intereses públicos. En efecto, lo importante no es la naturaleza que el legislador estatal otorgue a la norma, sino si se ajusta al marco del art. 9.1 RRI y esto es algo que debe evaluar el tribunal cuando la aplica al caso concreto. Si la norma no encaja en los parámetros de «ley de policía» en el sentido del art. 9.1 RRI, entonces su aplicación no podría imponerse a la de la ley que resulta de las normas de conflicto del RRI (ya sea determinada objetivamente *ex arts. 4 y ss.*, ya por la autonomía de la voluntad, *ex art. 3*). Entenderlo de otro modo podría, además, suponer una infracción del Derecho de la UE. (35)

2. ALCANCE DE LA COMPETENCIA DE LOS ESTADOS MIEMBROS PARA DICTAR LEYES DE POLICÍA

El recurso a la técnica normativa de las leyes de policía ha planteado, adicionalmente, un cierto debate acerca de la posibilidad que tiene un Estado miembro de intervenir en este sentido cuando la competencia para la elaboración de normas de conflicto en el ámbito de la UE ha sido asumida por la Unión. (36) Como se vio *supra*, las leyes de policía son una de las técnicas normativas del DIPr, por lo que se puede entender que quedan también afectadas por esta competencia europea. Esta posición quedaría reforzada además por el hecho de que determinadas normas europeas han sido declaradas internacionalmente imperativas por el TJUE, *v. gr.* en

(33) VON BAR, CH. y MANKOWSKI, P., *Internationales privatrecht*, Vol. I, 2.^a ed., C. H. Beck, Múnich, 2003, n.º 99.

(34) STJUE, asunto C-135/15, *Nikiforidis*, pp. 43-44.

(35) *Vid.* P. Franzina en comentario a PROVESANI, E., “Italian self-proclaimed overriding mandatory provisions to fight coronavirus”, en *EAPIL Blog*, 19.3.2020 (<https://conflictolaws.net/2020/italian-self-proclaimed-overriding-mandatory-provisions-to-fight-coronavirus/>).

(36) *Vid. supra* nota 16.

el marco del contrato de agencia. (37) Estos elementos podrían llevar a la conclusión de que ya no hay margen para este tipo de declaración estatal que, de hacerse, contravendría el Derecho de la Unión Europea. (38)

Sin embargo esta lectura parece un poco excesiva, puesto que el art. 9 RRI permite un margen de actuación normativa a los Estados miembros. (39) En otros términos, los Estados miembros tendrían un margen de discrecionalidad para establecer qué normas consideran de aplicación necesaria, siempre y cuando tengan como finalidad la protección de intereses públicos. (40) Ahora bien, tratándose de normas que concurren con la actuación normativa europea, la libertad que tienen los Estados miembros para elaborar normas de policía encuentra un límite en la compatibilidad con el Derecho de la UE. (41) En realidad, esta discusión ha puesto de relieve la necesidad de abordar no solo la capacidad de los Estados miembros para producir leyes de policía, que no queda descartada, sino también su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea, cuestiones que ya habían sido apuntadas por el TJUE en el asunto *Unamar* y que recobran toda su vigencia en este momento. (42)

A la luz de estas consideraciones, podemos volver sobre algunos de los ejemplos del epígrafe anterior, en particular en materia de protección de consumidores. En la doctrina italiana la regulación en materia de contratos de transporte de pasajeros o de viajes combinados ha sido criticada en la medida en que las disposiciones auto-proclamadas como leyes de policía limitan la protección que, en condiciones de normalidad, los viajeros-consumidores obtendrían por aplicación de la normati-

(37) Asunto C-381/98, *Ingmar*, de 9 noviembre 2000 (ECLI:EU:C:2000:605). El TJUE estableció que las normas de protección de los agentes comerciales, aun respondiendo a una finalidad de tutela de una de las partes contractuales, deben ser respetadas también por operadores establecidos fuera de la Unión Europea pues, de no hacerse así, se estaría distorsionando el funcionamiento del mercado interior.

(38) PIOVESANI, E., “Italian Self-Proclaimed Overriding Mandatory Provisions to Fight Coronavirus”, en *Conflictoflaws.net*, (<https://conflictflaws.net/2020/italian-self-proclaimed-overriding-mandatory-provisions-to-fight-coronavirus/>) marzo 2020, con comentarios de P. Franzina, C. Benini, M. Salvadori y réplica de E. Piovesani. En una contribución posterior Piovesani matiza estas afirmaciones en “Overriding mandatory provisions in the context of the COVID-19 pandemic”, *Blog ilCaso.it*, 18 noviembre 2020 (https://blog.ilcaso.it/news_1013/18-11-20/Overriding_mandatory_provisions_in_the_context_of_the_COVID-19_pandemic).

(39) DE MIGUEL ASENSIO, P., «Medidas de emergencia...», *op. cit.*, p. 3; MARONGIU BUONAIUTI, F., «Le disposizioni adottate per fronteggiare l'emergenza coronavirus come norme di applicazione necessaria» en *In Diritto nella pandemia. Temi, problema, domande*, Calzolaio, E., Meccarelli, M., Pollastrelli, S., (eds.), EUM, 2020, pp. 237-257, p. 240; sin definirse VAN CALSTER, G., “Are proclamations of lois de police and absolute prerogative of the Member States? Italy’s response to Covid 19/Corona and the package travel sector”, (24.3.2020) en <https://gavclaw.com/2020/03/24/are-proclamations-of-lois-de-police-an-absolute-prerogative-of-the-member-states-italys-response-to-covid19-corona-and-the-package-travel-sector/>

(40) Así, a la luz de la opinión del Abogado General Wahl, en el asunto C-184/12 *Unamar*, ZARRA, G., «Alla riscoperta delle norme di applicazione necessaria. Brevi note sull’art. 28, co. 8, del DL 9/2020 in tema di emergenza COVID-19» en *Sidiblog.org* (<http://www.sidiblog.org/2020/03/30/alla-riscoperta-delle-norme-di-applicazione-necessaria-brevi-note-sullart-28-co-8-del-dl-92020-in-tema-di-emergenza-covid-19/#comment-67666>) marzo 2020 con réplica de P. Franzina.

(41) CORDERO ÁLVAREZ, C. I., «Incidencia de las normas imperativas...», *op. cit.* p. 186.

(42) Asunto C-184/12 *Unamar*, de 17 octubre 2013 (ECLI:EU:C:2013:663), p. 46.

va europea. (43) De igual modo la formulación inicial del art. 36.4 del Real Decreto 21/2020 en materia de viajes combinados había suscitado críticas en la doctrina española por esta razón. (44) El propio legislador pareció darse cuenta de este aspecto, y modificó la norma por la Disposición final 5.^a del Real Decreto Ley 21/2020 para adaptarlo a la Recomendación (UE) 2020/648 relativa a los bonos ofrecidos a los pasajeros y a los viajeros como alternativa al reembolso de viajes combinados y servicios de transporte cancelados en el contexto de la pandemia de la COVID-19. (45) Estos ejemplos ilustran claramente cómo el cuestionamiento de la normativa deriva no tanto del ejercicio del poder normativo estatal cuanto de la compatibilidad de las normas resultantes con el Derecho europeo.

IV. ¿LEYES DE POLICÍA COMO CAMBIO DE PARADIGMA DEL DIPR?

El recurso a las leyes de policía es probablemente la manifestación más evidente del impacto que la pandemia de la COVID-19 ha tenido en el ámbito del Derecho internacional privado. Ahora bien, como se ha indicado *supra*, no se puede considerar que la regulación mediante normas imperativas que protegen bienes o intereses públicos sea fruto exclusivamente de esta pandemia, pues antes de ésta era posible observar un cierto cambio de paradigma en el Derecho internacional privado. Lo que propicia la pandemia es una reflexión «aplicada» sobre este cambio.

¿Refleja el recurso a las leyes de policía una materialización más profunda del Derecho internacional privado? Probablemente no se trata tanto de materialización en un sentido más clásico, *i. e.* de intereses materiales «individuales», cuanto de la introducción de políticas que protegen bienes o intereses públicos. Pero en la medida en que dicha protección se articula mediante normas unilaterales con pretensión de aplicación imperativa, ello genera una necesidad de considerar cómo debe responder el DIPr ante el incremento de normas de esta naturaleza. En efecto, las leyes de policía rompen la «fungibilidad» o equivalencia de los ordenamientos nacionales, presupuesto de un sistema clásico de DIPr, para intentar hacer prevalecer los intereses propios de un ordenamiento articulados en la norma unilateral. El éxito de este tipo de normas depende de que este modelo de regulación de las relaciones jurídico-privadas no se generalice. En otros términos, el unilateralismo tiene un límite intrínseco que genera una paradoja: cuanto más expansivo, menos efectivo. (46) Este fenómeno, potenciado por una visión unilateral del Derecho favorecida desde el proteccionismo, se ha visto reforzado por la crisis de la COVID-19.

La pretensión de extender la aplicación de las normas de un ordenamiento más allá de su territorio solo alcanzará su objetivo, a la luz de las consideraciones pre-

(43) MARONGIU BUONAIUTI, F., «Le disposizioni adottate per fronteggiare l'emergenza coronavirus...», *op. cit.* pp. 245 y ss.

(44) TORRALBA MENDIOLA, E., «El bono por cancelación de viajes y los contratos sujetos a Derecho extranjero» (21 abril 2020) <https://www.ga-p.com/publicaciones/el-bono-por-cancelacion-de-viajes-y-los-contratos-sujetos-a-derecho-extranjero/>

(45) DOUE L 151 de 14 de mayo de 2020.

(46) UNGUREANU, C. T., "Overriding mandatory rules in international commercial contracts dispute resolution. A Romanian perspective", *CDT*, vol. 12, 2020, pp. 784-794.

vias, si se verifica el reconocimiento de esas leyes de policía como tales por parte de otros sistemas (art. 9.3 RRI). Esta hipótesis queda más o menos garantizada cuando los Estados comparten normas de conflicto, como sucede en el ámbito de la Unión Europea. Pero el panorama es muy distinto cuando no existe este marco de cooperación y el tribunal ante el que se invoca la ley de policía no esté sujeto a obligación alguna de, al menos, considerar la existencia de esa norma extranjera. Recientes trabajos en la disciplina se han mostrado partidarios de incorporar nuevas técnicas al sector, que permitan aplicar estas normas extranjeras, por ejemplo, partiendo de la premisa de que los intereses protegidos puedan ser compartidos por el foro. (47)

Por otra parte, un recurso más generalizado a las leyes de policía, so capa de la protección de intereses públicos, no solo pone en cuestión la metodología del DIPr sino también su propia naturaleza. En otros términos, si el DIPr es la rama del sistema que permite la continuidad de las relaciones jurídicas a través de las fronteras, afianzada en el principio de la autonomía de la voluntad (*i. e.* las partes eligen qué ley gobierna sus relaciones jurídicas), cabe preguntarse si este modelo es compatible con un recurso favorecido a las leyes de policía en el marco de la contratación internacional. (48) Así, frente a los ejemplos analizados previamente de los ordenamientos italiano, griego o español, el legislador francés ofreció una respuesta más matizada. En la Ordonnance N.º 2020-306 sobre la prórroga de los plazos vencidos durante el tiempo de urgencia sanitaria y la adaptación de los procesos en ese mismo período, estableció que en el período desde el 12 de marzo hasta un mes después de la finalización del estado de urgencia no podían hacerse efectivas las penalizaciones previstas, las cláusulas penales, las resolutorias del contrato por incumplimiento (art. 4). (49) La norma no limitaba su aplicación a los contratos sujetos a Derecho francés y aunque el Ministerio de Justicia aclaró que estas reglas constituían una norma imperativa (ley de policía) en el sentido del art. 9 RRI, (50) en el informe al Presidente de la República sobre la Ordonnance 2020-427, se establecía que las partes podían descartar la aplicación del art. 4 mediante cláusula contractual. (51)

Este choque en las aproximaciones al Derecho internacional privado, *i. e.* desde una perspectiva más fundamentada en la autonomía privada y contractual y otra más centrada en la consecución de políticas estatales o fines globales (*regulatory rules*), demuestra que el Derecho internacional privado ha perdido parte de la «neutralidad» que lo caracterizaba. (52) Esta tensión entre la autonomía de la voluntad y las leyes de

(47) LEHMANN, M., “Regulation, global governance...”, *op. cit.*

(48) GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «¿Un Derecho privado especial para el estado de alarma?...», *cit. supra*.

(49) Ordonnance n.º 2020/306 de 25 de marzo relative à la prorogation des délais échus pendant la période d’urgence sanitaire et à l’adaptation des procédures pendant cette même période, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT000041756550/2020-04-19/>; modificada por Ordonnance n.º 2020-427 de 15 de abril (<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000041801306/2020-04-17#LEGIARTI000041801306>).

(50) Circular de presentación de las disposiciones sobre el título I de la Ordonnance n.º 2020-427 de 15 de abril de 2020 (<https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/circ?id=44960>).

(51) <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000041800867/>

(52) Hasta el punto de que para algunos hay una «politización» del DIPr, *vid.* WELLER, M-A. y SCHULZ, A., “Political Private International Law: How European are Overriding Mandatory Provisions and Public Policy Exceptions?”, en *How European is European Private International Law?*, Von

policía apunta igualmente a la pérdida de relevancia de la norma de conflicto tradicional, que queda como solución por defecto. Esta reflexión no se limita solo a las normas nacionales de DIPr sino que también se puede proyectar sobre las normas de la Unión Europea que, junto a las normas de conflicto tradicionales, incorpora crecientemente reglas unilaterales de carácter extraterritorial. (53)

En resumen, en el Derecho internacional privado ya se verificaba antes de la pandemia de la COVID-19 un cierto cuestionamiento de las técnicas normativas existentes para responder a los intereses regulatorios actuales. La pandemia no ha hecho sino acentuar la necesidad de abordar estas preguntas. Pero también incide en la propia naturaleza de esta disciplina. Sin duda el recurso a las leyes de policía refleja un cambio en la visión del Derecho internacional privado como una rama del Derecho donde lo «privado» convive cada vez con más dificultades con un elemento «internacional» (si no extraterritorial) cada vez más expansivo. En todo caso, la creciente intervención de aspectos jurídico-públicos en las relaciones jurídico-privadas transfronterizas no concluirá con el fin de la pandemia, y ello continuará alimentando la reflexión sobre la función de esta rama del Derecho y la adecuación de sus respuestas a una realidad cada vez más compleja en la que los límites entre Derecho público y (internacional) privado son cada vez menos nítidos. (54)

V. BIBLIOGRAFÍA

- ANTHIMOS, A., “Covid-19 and overriding mandatory provisions”, en <https://conflictoflaws.net/2020/covid-19-and-overriding-mandatory-provisions/> (15 de abril de 2020).
- BENINI, C., “The COVID-19 crisis and employment contracts: the Italian emergency legislation on dismissals”, en *EAPIL Blog*, 11.5. 2020 (<https://eapil.org/2020/05/11/the-covid-19-crisis-and-employment-contracts-the-italian-emergency-legislation-on-dismissals/>)
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «La comunitarización del Derecho internacional privado: pasado, presente y futuro», *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2002, pp. 285-318.
- CARBALLO PIÑEIRO, L. y KRAMER, X., “The Role of Private International Law in Contemporary Society: Global Governance as a Challenge”, *Erasmus Law Review*, vol. 7, 2014, pp. 109-112.

Hein, J., Kieninger, E-M. y Rühl, G. (eds.), Intersentia, Cambridge, 2019, pp. 285-304; REINMANN, M., “Are there universal values in choice of law rules? Should there be any?” en *Private International Law. Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Ferrari, F. y Fernández Arroyo, D. P. (eds.), Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 178-194, pp. 188-189.

(53) De hecho, para algunos podríamos estar ante un cambio de paradigma del DIPr europeo, una auténtica *conflicts revolution* comparable a la que tuvo lugar en los Estados Unidos en los años 1960-1980, MICHAELS, R., “The new European choice of law revolution”, *Tulane L. Rev.*, vol. 82, 2008, pp. 1607-1644, esp. pp. 1635-1640.

(54) A título de ejemplo, pueden verse las distintas contribuciones en el volumen de Ferrari, F. y Fernández Arroyo, D. P. (eds.), *Private International Law. Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Edward Elgar Publishing, 2019; o Muir-Watt, H. y Fernández Arroyo, D. P. (eds.) *Private International Law and Global Governance*, Oxford University Press, 2014.

- CORDERO ÁLVAREZ, C. I., «Incidencia de las normas imperativas en los contratos internacionales: especial referencia a las normas de terceros Estados desde una aproximación europea», *CDT*, vol. 9(2), 2017, pp. 174-193.
- DE MIGUEL ASENSIO, P., «Competencia y Derecho aplicable en el Reglamento general sobre protección de datos de la Unión Europea», *REDI*, vol. 69, 2017, pp. 75-108.
- DE MIGUEL ASENSIO, P., «Medidas de emergencia y contratos internacionales», *La Ley Unión Europea*, n.º 81, mayo 2020, pp. 1-12.
- FERRARI, F. y FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. (eds.), *Private International Law. Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Edward Elgar Publishing, 2019.
- FRANDESCAKIS, P., «Quelques précisions sur les “lois d’application immédiate” et leurs rapports avec les règles de conflits de lois», *RCDIP*, 1966, pp. 1-18.
- FRANCO, S., “Unilateralism”, *Encyclopedia of Private International Law*, Basedow, J., Rühl, G., Ferrari, F., de Miguel Asensio, P., (eds.), Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 1779-1791.
- FRANCO, S., “Party autonomy and regulation: Public interests in Private international law”, *Japanese Yearbook of International Law*, 2016, pp. 251-300.
- GARCÍA RUBIO, M. P., «Medidas en materia de contratos por el COVID-19 en España», en *RDC*, 2020, vol. VII, n.º 2, pp. 15-46.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé», *Rec. des Cours*, vol. 287, 2000.
- IRIARTE ÁNGEL, J. L. y CASADO ABARQUERO, M., “Incidencia del COVID-19 sobre los contratos internacionales y fuerza mayor”, *Covid-19: conflictos jurídicos actuales y desafíos*, Luquín Bergareche, R. (dir.), Bosch Wolters Kluwer, Madrid, pp. 346-362.
- JAYME, E., *Della nazionalità come fondamento del Diritto delle genti di Pasquale Stanislao Mancini*, Turín, 1994.
- LEHMANN, M. “Regulation, global governance and private international law: squaring the triangle”, *JPIL*, vol. 16:1, 2020, pp. 1-30.
- MARONGIU BUONAIUTI, F., «Le disposizioni adottate per fronteggiare l’emergenza coronavirus come norme di applicazione necessaria» en *In Diritto nella pandemia. Temi, problema, domande*, Calzolaio, E., Meccarelli, M., Pollastrelli, S., (eds.), EUM, 2020, pp. 237-257.
- MICHAELS, R., “The new European choice of law revolution”, *Tulane L. Rev.*, vol. 82, 2008, pp. 1607-1644.
- MOYA, D., “Conflits intra-européens de lois et conflits de souverainetés”, *JDI*, vol. 147(2), 2020, pp. 529-569.
- MUIR-WATT, H., “Private International Law: Beyond the Schism”, *Transnational Legal Theory*, vol. 2(3), 2011, pp. 347-428.
- MUIR-WATT, H. y FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. (eds.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford University Press, 2014.
- PERESTRELO DE OLIVEIRA, M., «Operações de crédito, financiamentos internacionais e moratória bancária em tempos de Covid-19», en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Lisbon Law review)*, vol. LXI, 2020/1, pp. 429-454.
- PIOVESANI, E., “Italian Self-Proclaimed Overriding Mandatory Provisions to Fight Coronavirus”, *Conflictoflaws.net*, (<https://conflictflaws.net/2020/italian-self-proclaimed-overriding-mandatory-provisions-to-fight-coronavirus/>)
- REINMANN, M., “Are there universal values in choice of law rules? Should there be any?” en *Private international law. Contemporary Challenges and Continuing Relevance*,

- FERRARI, F. y FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. (eds.), Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 178-194.
- RODRÍGUEZ PINEAU, E., “Conflict of laws comes to the rescue of competition law”, *JPIL*, vol. 5, 2009, pp. 311-336.
- SILBERMAN, L., “(American) Conflict of Law Revolution”, *Encyclopedia of Private International Law*, Basedow, J., Rühl, G., Ferrari, F., de Miguel Asensio, P., (eds.), Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 66-70.
- TORRALBA MENDIOLA, E., «La consideración como ley de policía de la suspensión de los plazos de prescripción de acciones del Real-Decreto 463/2020 COVID-19: contratos sujetos a Derecho extranjero» (6 de abril de 2020) en <https://www.ga-p.com/publicaciones/la-consideracion-como-ley-de-policia-de-la-suspension-de-los-plazos-de-prescripcion-de-acciones-del-real-decreto-463-2020-covid-19-contratos-sujetos-a-derecho-extranjero/>
- TORRALBA MENDIOLA, E., «El bono por cancelación de viajes y los contratos sujetos a Derecho extranjero» (21 de abril de 2020) <https://www.ga-p.com/publicaciones/el-bono-por-cancelacion-de-viajes-y-los-contratos-sujetos-a-derecho-extranjero/>
- UNGUREANU, C. T. “Overriding mandatory rules in international commercial contracts dispute resolution. A Romanian perspective”, *CDT*, 2020, vol. 12, pp. 784-794.
- VAN CALSTER, G., “Are proclamations of lois de police and absolute prerogative of the Member States? Italy’s response to Covid 19/Corona and the package travel sector”, (24.3.2020) en <https://gavclaw.com/2020/03/24/are-proclamations-of-lois-de-police-an-absolute-prerogative-of-the-member-states-italys-response-to-covid19-corona-and-the-package-travel-sector/>
- VAQUERO LÓPEZ, C., «El alcance de las medidas de emergencia adoptadas por el legislador español con motivo de la COVID-19 sobre los contratos internacionales», *Revista de Derecho de la competencia y de la distribución*, n.º 26 (enero-junio 2020).
- WELLER, M-A. y SCHULZ, A., “Political Private International Law: How European are Overriding Mandatory Provisions and Public Policy Exceptions?”, en *How European is European Private International Law?*, Von Hein, J., Kieninger, E-M. y Rühl, G. (eds.), Intersentia, Cambridge, 2019, pp. 285-304.
- VON BAR, CH. y MANKOWSKI, P., *Internationales privatrecht*, Vol. I, 2.^a ed., C. H. Beck, Múnich.
- ZARRA, G. «Alla riscoperta delle norme di applicazione necessaria Brevi note sull’art. 28, co. 8, del DL 9/2020 in tema di emergenza COVID-19», Sidiblog.org (<http://www.sidiblog.org/2020/03/30/alla-riscoperta-delle-norme-di-applicazione-necessaria-brevi-note-sullart-28-co-8-del-dl-92020-in-tema-di-emergenza-covid-19/#comment-67666>).

¿UN DERECHO CONCURSAL DE EMERGENCIA PARA HACER FRENTE A UNA PANDEMIA CONCURSAL?

Nuria BERMEJO GUTIÉRREZ*

Resumen

Este trabajo examina el valor del derecho concursal para hacer frente a las graves perturbaciones en la actividad económica desatadas como consecuencia de las medidas restrictivas impuestas para contener la pandemia y señala las limitaciones de aquel para hacer frente a una crisis exógena y sistémica como la que nos afecta. Desde esa óptica, se examinan algunas de las modificaciones que se han introducido en nuestro sistema concursal para hacer frente a la crisis, así como las medidas públicas de financiación adoptadas. Como pondremos de manifiesto, estas últimas constituyen una forma de bail-out que permiten hacer frente al problema de base que generan dichas perturbaciones, esto es, la drástica caída de los ingresos de las empresas y el consiguiente deterioro patrimonial que puede arrastrarlas a la insolvencia. Así, veremos que estas medidas son preferibles a introducir modificaciones o reajustes en el derecho concursal por cuanto evitan los efectos redistributivos de dichas modificaciones y ofrecen una respuesta más adecuada a los problemas que plantea una crisis cuyos efectos no se limitan a las dificultades financieras que pudieran tener algunas empresas singularmente consideradas.

Palabras clave

Pandemia, COVID-19, insolvencia, derecho concursal, bail-out, deber de solicitar la declaración de concurso, concurso necesario, concurso voluntario, provisión de liquidez, insiders.

SUMARIO: I. Planteamiento de la cuestión: de la pandemia sanitaria a la pandemia concursal. II. Afrontando la pandemia concursal. 1. La caracterización de la crisis pandémica. 2. La respuesta desde el derecho concursal y sus limitaciones. III. Las medidas concursales para contener las solicitudes de concurso y facilitar financiación. 1. Consideraciones generales. 2. La sus-

* Profesora titular de Derecho mercantil. Universidad Autónoma de Madrid. Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de investigación PGC2018-097984-B-I00, dirigido por los profesores Perdices y Bago. nuria.bermejo@uam.es

pensión del deber de solicitar la declaración de concurso. 3. La inadmisión a trámite de las solicitudes de concurso necesario. 4. La provisión de liquidez por parte de los *insiders*. IV. Las medidas públicas de financiación. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: DE LA PANDEMIA SANITARIA A LA PANDEMIA CONCURSAL

Todos somos conscientes de las importantes restricciones que la pandemia de COVID-19 ha impuesto en nuestras vidas y que van desde el confinamiento hasta el distanciamiento social. Estas restricciones han ocasionado graves perturbaciones en la actividad económica, que han provocado una reducción sin precedentes de los ingresos de las empresas, así como un importante deterioro patrimonial. De no ponerse remedio a esta situación, un buen número de empresas que, hasta febrero de 2020, desarrollaban proyectos valiosos y eran solventes, pueden desaparecer. No es, entonces, de extrañar que se haya recurrido en la literatura científica a la expresión *bankruptcy pandemic* para referirse a una más que probable explosión de los procedimientos concursales como consecuencia de las perturbaciones en la actividad económica sufridas a resultas de la pandemia (1). De ahí que se haya sentido de manera generalizada la necesidad de adoptar medidas que permitan «aplanar la curva de concursos» que se pueden producir como consecuencia de aquellas (2). El legislador español no se ha sustraído a esta tendencia y ha ido adoptado medidas de distinta naturaleza que se superponen y acumulan –no siempre de manera sistemática y ordenada–, con el propósito de hacer frente a dicha situación. Estas medidas se pueden organizar en dos grandes bloques: por una parte, aquellas que dan respuesta a la crisis desde el derecho concursal y, por otra, aquellas que lo hacen a través de la intervención del Estado en la actividad económica, que actúa como proveedor de liquidez de último recurso para atender las necesidades de financiación de las empresas.

La respuesta desde el derecho concursal se organiza *adaptando determinados aspectos del derecho vigente a las necesidades que plantea el tratamiento de esta particular crisis*, dando lugar a lo que se conoce como el «derecho concursal de emergencia» o «de excepción» (3). Para ello, se han adoptado un conjunto de normas que se superponen al derecho concursal común –recogido en el Texto Refundido de la Ley concursal, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2020–, e introducen en este unas modificaciones de *carácter excepcional*, justificadas en

(1) GILSON, S., “Bankruptcy Pandemic”, 28 de mayo de 2020, disponible en <https://hbswk.hbs.edu/item/coronavirus-could-create-a-bankruptcy-pandemic>.

(2) Entre nosotros, el primero en hacerlo es GARCIMARTÍN, F., «Nuevas medidas extraordinarias en materia (pre)concurzal», 18 de mayo de 2020, disponible <https://almacendederecho.org/nuevas-medidas-extraordinarias-en-materia-preconcurzal-el-real-decreto-ley-162020>.

(3) Sobre las expresiones «derecho concursal de emergencia» y «derecho concursal de excepción», v. ROJO, A., «El Derecho concursal de emergencia», *ADCo*, n.º 50, 2020, RR 2.1 (versión Proview).

razón de las perturbaciones en la actividad económica derivadas de las medidas impuestas para el control de la pandemia, y *temporal*, cuya duración limitada en el tiempo se vincula a la subsistencia de dichas perturbaciones y que, en consecuencia, es objeto de sucesivas prórrogas en función de la evolución de la situación sanitaria y económica. En nuestro ordenamiento jurídico, este derecho concursal de emergencia viene dado por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (4), modificada por última vez por el Real Decreto Ley 5/2021, de 12 de marzo (5).

Las medidas adoptadas por el legislador en este derecho concursal de emergencia se ordenan en torno a *tres ejes*. El primer eje es *evitar las declaraciones masivas de concursos de acreedores* como consecuencia de las importantes restricciones a la actividad económica impuestas con el propósito de contener la pandemia (art. 6 Ley 3/2020, modificado por la disposición final 7.^a4 RDL 5/2021). El segundo eje es *evitar la frustración de las reestructuraciones en curso*, permitiendo al deudor (i) modificar el convenio, los acuerdos extrajudiciales de pagos o los acuerdos de refinanciación homologados; (ii) alcanzar un nuevo acuerdo de refinanciación homologado con sus acreedores, aunque no haya transcurrido todavía un año desde la homologación del anterior acuerdo, y (iii) aplazar el deber de solicitar la apertura de la liquidación por imposibilidad de cumplir un convenio ya aprobado (arts. 3 a 5 Ley 3/2020, modificados por la disposición final 7.^a1-3 RDL 5/2021). El tercer eje es *favorecer la financiación por parte de las personas especialmente relacionadas con el deudor* –socios, administradores de la sociedad, sociedades del mismo grupo, familiares directos del deudor persona natural, etc. (arts. 282 y 283 TRLC)–, en tanto que sujetos que pueden atender las necesidades de financiación de los deudores afectados por la pérdida de rentas con más facilidad que los financiadores externos –bancos, mercados de capitales, etc.– (arts. 4.3 y 7 Ley 3/2020).

Estas medidas inciden sobre el derecho concursal español en un momento muy particular, esto es, *cuando se encuentra a medio camino entre el derecho concursal que es y el derecho concursal que va a ser*. Como es sabido, el derecho concursal español se encuentra en estado de reforma, provocado, por una parte, por la reciente adopción del Texto Refundido y, por otra, por la necesidad de transponer la Directiva 2019/1023, sobre reestructuraciones e insolvencia, antes del 17 de junio de 2021, fecha en la que en principio se agota el plazo general dado por la Comisión europea a los Estados Miembros para su transposición (art. 34.1). De ahí que no deba sorprendernos que, en determinados aspectos, el legislador esté entendiendo este derecho concursal de emergencia como una ocasión para ensayar medidas que, en línea con lo que exige la Directiva, aumenten la eficiencia de los procedimientos concursales, favoreciendo el rápido tratamiento de estos procedimientos [art. 25 b)] (6).

(4) BOE, 19 de septiembre. Dicha ley derogó tanto el art. 43 del Real Decreto Ley 8/2020, como el Real Decreto Ley 16/2020, que establecieron, en los momentos iniciales, las bases de este derecho concursal de excepción.

(5) Real Decreto Ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19 (BOE, 13 de marzo).

(6) Esto resulta con particular claridad de la lectura de la Exposición de motivos del Real Decreto Ley 5/2021, cuando se afirma, respecto de las medidas introducidas para agilizar la tramitación de los procedimientos concursales, que «[...] se mantienen las mejoras de agilidad en el proceso

Como avanzábamos, además de las medidas legislativas que adaptan el derecho concursal común a la situación de pandemia, el gobierno ha adoptado *medidas públicas de intervención* que tienen por objeto facilitar la provisión de liquidez a las empresas en dificultades y que le llevan a actuar como *financiador de último recurso*. Entre ellas se encuentran la promoción de líneas públicas de financiación a través de avales (7), la creación del Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas, dependiente de la SEPI (8), y más recientemente, la creación de dos líneas de ayuda para financiar la provisión de ayudas directas a autónomos y empresas, así como la reestructuración de la deuda financiera, y de un Fondo de Recapitalización de empresas afectadas por el COVID, alternativo al primer fondo (9).

Presentado a grandes rasgos el conjunto de medidas con las que en nuestro ordenamiento se pretende hacer frente a la problemática que plantea la crisis derivada de la pandemia, el propósito de este trabajo es examinar hasta qué punto constituyen una respuesta adecuada para hacer frente de manera eficaz a esta crisis. Para ello, comenzaremos caracterizando la crisis a la que nos enfrentamos con el fin de determinar cuáles son las medidas más adecuadas para hacer frente a la misma (v. *infra* II). Una vez hecho esto, examinaremos a la luz de dichas consideraciones algunas de las medidas de carácter temporal que se han adoptado en nuestro ordenamiento. Por una parte, examinaremos las adoptadas en el ámbito del derecho concursal, centrándonos en la suspensión del deber que, en condiciones normales, pesa sobre el deudor de solicitar la declaración de concurso (art. 5 TRLC), y que se acompaña de la inadmisión a trámite de las solicitudes de concurso necesario, así como en los incentivos a la provisión de financiación por parte de los *insiders* (v. *infra* III). Por otra parte, analizaremos las medidas públicas de financiación tendentes a paliar la falta de liquidez derivada de la grave pérdida de ingresos sufrida como consecuencia de la perturbación de la actividad económica que ha ocasionado la pandemia (v. *infra* IV). El examen de las medidas que tienen por objeto evitar la frustración de las reestructuraciones en curso es objeto de estudio en otro trabajo incluido en esta publicación (10). Este análisis nos permitirá poner de manifiesto las limitaciones de un modelo basado en el reajuste del derecho concursal común para dar una respuesta a la crisis desatada por la pandemia y la necesidad de recurrir a instrumentos más adecuados.

concursal, mientras se completa la modernización del régimen concursal español en el marco de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)» (EM, apartado I).

(7) Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE, 18 de marzo) y Real Decreto Ley 25/2020, de 3 de julio de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo (BOE, 6 de julio).

(8) Real Decreto Ley 25/2020.

(9) Real Decreto Ley 5/2021.

(10) FLORES, M., «El derecho concursal de emergencia como herramienta para la conservación de tejido empresarial», en esta misma obra.

II. AFRONTANDO LA PANDEMIA CONCURSAL

1. LA CARACTERIZACIÓN DE LA CRISIS PANDÉMICA

La crisis que ha desatado la pandemia sanitaria se caracteriza por ser una crisis que tiene una *dimensión tanto financiera, como económica*. Por una parte, la drástica reducción de los ingresos impide a los deudores hacer frente a su endeudamiento pasado y acometer nuevos proyectos valiosos, mientras que, por otra, este desplome de los ingresos tiene, en no pocas ocasiones, su origen en la imposibilidad de vender bienes o servicios a un precio que justifique su producción (11). Se trata, asimismo, de una *crisis exógena* –ocasionada por una causa externa a la gestión de las empresas–, *sistémica* –cuyos efectos sobre las empresas más afectadas pueden extenderse hasta alcanzar a las empresas de sectores económicos en principio menos afectados e imponer importantes costes al conjunto de la sociedad, y *temporal* (12). En esta situación, se puede desatar una ola de insolvencias capaz de *desbordar el sistema concursal más eficiente* (13). Los numerosos procedimientos concursales resultantes se sumarían, entonces, a los que ya se encontraban en curso hasta ese momento. Este riesgo de desbordamiento se concreta en una importante *sobrecarga de trabajo de los juzgados* que han de tramitar los concursos. Esta, además de colapsarlos –impidiendo la tramitación de nuevos procedimientos–, *podría condicionar las decisiones de los jueces en favor de la liquidación* (14). Pero el riesgo de desbordamiento también se traduce en una falta de profesionales que se puedan dedicar a gestionar las reorganizaciones, en la *escasez de recursos financieros* para llevar a buen puerto estas, así como en la *menor disponibilidad de los acreedores para aceptar quitas o esperas* por las propias dificultades que en una situación de crisis sistémica ellos también padecen (15). Al riesgo de desbordamiento hay que añadir, además, *la incertidumbre acerca de*

(11) Sobre esta distinción, v. CASEY, A.; “Bankruptcy & Bailouts, Subsidies & Stimulus: The Government Toolset for Responding to Market Distress”, 2021, pp. 1-26, CASEY (2021), p. 11, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3783422.

(12) GARCIMARTÍN, F., «¿Un Derecho privado especial para el estado de alarma? El ejemplo del concurso», 21 de abril de 2020, pp. 1-12, p. 6, disponible en <https://almacenedderecho.org/un-derecho-privado-especial-para-el-estado-de-alarma-el-ejemplo-del-concurso>; DIDIER, T., HUNEEUS, F., LARRAIN, M. y SCHMUKLER, S., “Financing Firms in Hibernation during the COVID-19 Pandemic”, *Cowles Foundation Discussion Paper* n.º 2233R, 2020, pp. 1-29, p. 22, disponible en <https://cowles.yale.edu/sites/default/files/files/pub/d22/d2233-r.pdf>, pp. 3, 5-6, 9-11.

(13) Esta opinión está extendida en la literatura sobre la materia, como lo refleja, CASEY, A.; “Bankruptcy & Bailouts, Subsidies & Stimulus: The Government Toolset for Responding to Market Distress”, 2021, pp. 1-26, pp. 7-8, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3783422. No obstante, apunta que, de momento, esa avalancha de concursos no se ha producido y advierte sobre el problema de que buena parte de esas insolvencias no lleguen a ser tratadas dentro del sistema concursal. *Ibid.*, pp. 9-10.

(14) MORRISON, E. R. y SAAVEDRA, A. C., “Bankruptcy’s Role in the COVID-19 Crisis”, 2020, pp. 1-15, p. 11, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3567127, ponen de manifiesto que, en la práctica estadounidense, se produce un cambio de actitud de los jueces cuando aumenta el número de expedientes que han de tratar. Así, un incremento repentino en el número de insolvencias aumenta la tendencia de los jueces a liquidar pequeñas y medianas empresas y a reorganizar las grandes.

(15) MILLER y STIGLITZ (1999), p. 3.

las *perspectivas de recuperación de las empresas a medio o largo plazo*. Esta incertidumbre es consecuencia de las dudas acerca de la duración y evolución de la crisis, de su impacto sobre las distintas actividades económicas, así como sobre el valor de las empresas insolventes que, entre otros activos, incorporan en su patrimonio derechos de créditos frente a otras empresas que también atraviesan dificultades financieras y cuyas perspectivas de recuperación, por el momento, se desconocen (16).

Esta situación tiene *dos consecuencias negativas*. La primera es que *puede impedir que se reestructuren empresas cuyo valor neto es, sin embargo, positivo*, esto es, que tenían valor antes de marzo de 2020 y que es previsible que también lo tengan cuando desaparezcan las perturbaciones en la actividad económica ocasionadas como consecuencia de la pandemia. Como es sabido, la liquidación de proyectos empresariales que tienen un valor neto negativo no es un problema. De hecho, eso es lo que debe hacerse cuando los activos que integran un proyecto empresarial valen más desagregados que integrados en dicho proyecto. Y hay que hacerlo lo más rápidamente posible para evitar que el patrimonio insolvente siga perdiendo valor en perjuicio de sus titulares económicos, esto es, los acreedores. El problema surge cuando se liquidan empresas que tienen más valor en funcionamiento que desagregadas y se destruye, con ello, la valiosa red de relaciones contractuales que las integran –v. gr., con los financiadores, los trabajadores, los proveedores, etc.– que, además, en ocasiones, resultan costosas de producir. Pues bien, el riesgo de «echar a perder» ese entramado de relaciones valiosas se agudiza en un escenario desbordamiento del sistema como el que acabamos de exponer (17). En efecto, esto resulta particularmente preocupante en el caso de las pequeñas y medianas empresas, que suelen recurrir a los procedimientos concursales cuando ya se encuentran en una situación de grave deterioro patrimonial y que, en un contexto de saturación del sistema, quedan expuestas con mayor intensidad a una liquidación (18). A esto hay que añadir que, dados los elevados costes que para ellas representa el recurso al sistema concursal, muchas acaban simplemente por «echar el cierre» al margen de este (19).

La segunda consecuencia negativa tiene que ver con las *dificultades* –y, por lo tanto, con los *costes*– *de obtener financiación, así como de la reestructuración*. Por una parte, aunque es evidente que la crisis incrementa el riesgo de la financiación, el problema mayor es que la situación de incertidumbre *dificulta el cálculo del nivel de riesgo* que aquella incorpora. Dicha incertidumbre aumenta, consecuentemente, la aversión al riesgo de los financiadores. Pues bien, estas circunstancias hacen más difícil para los deudores la obtención de la financiación necesaria para superar la reducción de rentas y la pérdida de liquidez (20). Por otra parte, en esta situación de incertidumbre, las *dificultades para llevar a cabo una reestructuración son mayo-*

(16) Respecto de la falta de información acerca de las perspectivas de recuperación de las empresas en situaciones de fallo sistémico, v. MILLER y STIGLITZ (1999), pp. 2-3. Asimismo, DIDIER, HUNEEUS, LARRAIN, SCHMUKLER (2020), pp. 4, 7 y 13.

(17) DIDIER, HUNEEUS, LARRAIN, SCHMUKLER (2020) pp. 4, 8-9. Adviértase que, aunque en derecho español, la enajenación en bloque de una empresa constituye una modalidad de liquidación, en otros sistemas jurídicos funciona como una forma de reorganización.

(18) MORRISON y SAAVEDRA (2020), pp. 8 y 11.

(19) *Ibid.*, pp. 8 y 10. También, CASEY (2021), p. 22.

(20) DIDIER, HUNEEUS, LARRAIN, SCHMUKLER (2020), p. 13.

res. Las limitaciones impuestas a las actividades económicas en determinados sectores hacen más difícil de apreciar las razones de las dificultades de las empresas y, por lo tanto, distinguir las empresas valiosas de las que no lo son (21). Asimismo, no solo las dudas respecto de la evolución de la situación sanitaria y económica pueden hacer más difícil encontrar la financiación necesaria para la reestructuración. También puede resultar más complicado que los acreedores estén dispuestos a conceder quitas y esperas por la propia situación financiera en la que ellos se encuentran. Esto significa que son mayores los recursos en términos de tiempo y esfuerzo que es necesario invertir para sacar adelante un acuerdo que haga posible la reestructuración y, de este modo, se incrementan los costes de reestructurar las empresas en dificultades. Estos mayores costes se concretan en una *pérdida de valor* que afecta a los acreedores –cuyas expectativas de recuperación de los créditos se reducen– y al propio deudor –en la medida que puede frustrar proyectos valiosos de reestructuración– (22). Ninguno de ellos –y, particularmente, los deudores– se encuentran en estos momentos en posición de asumir dichos costes (23).

2. LA RESPUESTA DESDE EL DERECHO CONCURSAL Y SUS LIMITACIONES

Como se puede observar, la situación descrita puede conducir a la *destrucción de valor* y, en consecuencia, a una *pérdida de bienestar social*. Esto explica que entre las primeras medidas que se adoptaron se encontraran aquellas tendentes a *contener el desbordamiento del sistema concursal* evitando las solicitudes masivas de concurso y ajustándolo para hacer frente a una crisis sistémica y exógena como la que ha desencadenado la pandemia de COVID-19 (24). Aquí se encuadra *la suspensión del deber del deudor de solicitar la declaración de concurso*, que aparece por primera vez en nuestro ordenamiento en el Real Decreto Ley 8/2020 y cuya vigencia se ha ido prolongando en el tiempo a través de sucesivas modificaciones al régimen concursal excepcional (art. 6.1 Ley 3/2020, modificado por la disposición final 7.ª.4 RDL 5/2021). Esta se complementa con la inadmisión a trámite de las solicitudes de concurso necesario desde la primera declaración del estado de alarma hasta el 31 de diciembre de 2021 (art. 6.2 Ley 3/2020, modificado por la disposición final 7.ª.4 RDL 5/2021). Tales medidas se acompañan de otras que tienen como propósito *evitar la frustración de reestructuraciones que ya estaban en curso al declararse el estado de alarma y que pueden verse comprometidas por la pérdida de ingresos derivada de la pandemia*. Así, para aliviar las presiones de liquidez que sufren estos deudores, se les permite reducir sus necesidades renego-

(21) En un sentido similar, VAN ZWEITEN, K., EIDENMÜLLER, H. y SUSSMAN, O., “Bail-outs and Bail-ins are better than Bankruptcy: A Comparative Assessment of Public Policy Responses to COVID-19 Distress”, *ECGI working paper n.º 535/2020*, pp. 1-40, p. 20, disponible en <https://ssrn.com/abstract=3669541>.

(22) *Ibid.*, pp. 17-22 manifiestan su escepticismo acerca de la posibilidad de recurrir a los procedimientos de reestructuración como respuesta a la crisis pandémica por las limitaciones que presentan para hacer frente a este tipo de crisis.

(23) En este sentido, EIDENMÜLLER y PAZ VALBUENA (2021), p. 7.

(24) Sobre la inadecuación del sistema concursal ordinario en esta situación, v. DIDIER, HUNEUS, LARRAIN, SCHMUKLER (2020), p. 5.

ciendo los convenios ya aprobados. De este modo, pueden *aplazar la exigibilidad de sus créditos ordinarios pasados o reducir su cuantía* –adviértase que esta modificación no puede afectar en ningún caso a los créditos devengados o contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio originario, ni a los privilegiados que no voten a favor o se adhieran expresamente a la propuesta de modificación (art. 3.1.II Ley 3/2020, modificado por la disposición final 7.^a.1 RDL 5/2021)–. Mientras el deudor negocia esa modificación, queda aplazado su deber de solicitar la liquidación de la masa activa, en aquellos casos en los que el deudor conozca la imposibilidad de cumplir con los pagos comprometidos o con las obligaciones contraídas tras la aprobación del convenio, modificación que deberá ser presentada y admitirse a trámite en el plazo previsto (art. 4.1 Ley 3/2020, modificado por la disposición final 7.^a.2 RDL 5/2021). Asimismo, el juez no dictará auto de apertura de la fase de liquidación aun cuando los acreedores acrediten la existencia de hechos que lo fundamenten (art. 4.2 Ley 3/2020). Con un propósito análogo, se permite la *modificación de los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente* alcanzados entre el deudor y los acreedores antes de ese momento. Pero también *se permite celebrar un nuevo acuerdo, aunque no haya transcurrido el plazo de un año desde la anterior homologación* (art. 5.1 Ley 3/2020, modificado por la disposición final 7.^a.3 RDL 5/2021). Dicho acuerdo permite la reestructuración no solo de las obligaciones existentes, sino también de las nuevas obligaciones nacidas tras la homologación del acuerdo anterior y cuyo pago igualmente puede verse comprometido por las restricciones de liquidez que afectan en estos momentos al deudor. Por fin, se han incorporado medidas tendentes a facilitar la provisión de financiación por parte de quienes se ha considerado que pueden hacerlo más fácilmente –v. gr., los *insiders* (arts. 4.3 y 7.1 Ley 3/2020)–.

Ahora bien, confiar al derecho concursal la solución a la crisis desatada como consecuencia de las restricciones a la actividad económica que ha traído consigo la pandemia es una opción que presenta *importantes limitaciones*. En efecto, en primer lugar, una respuesta basada en el sistema concursal no permite hacer frente al problema en todos aquellos casos en los que *la insolvencia o las dificultades financieras no se tratan a través de dicho sistema*. El supuesto paradigmático es el de las pequeñas y medianas empresas, al que ya hemos hecho referencia, y que en no pocas ocasiones, frente a las dificultades financieras, optan simplemente por «echar el cierre» sin solicitar el concurso o tratar de alcanzar un acuerdo de refinanciación con sus acreedores (25). En segundo lugar, las medidas que hemos mencionado inciden *sobre normas concursales que se aplican singularmente sobre cada empresa*. Por lo tanto, no pueden tomar en consideración las dificultades que, en razón a los problemas de liquidez propios, limitan la capacidad de los demás operadores de participar en la reestructuración –p. ej., otorgando nueva financiación; concediendo quitas o esperas, etc.–. En consecuencia, no resultan apropiadas para abordar los problemas que plantea una crisis sistémica, como la que se ha desatado como consecuencia de la pandemia (26). En tercer lugar, *estas medidas que inciden sobre el*

(25) CASEY (2021), p. 24.

(26) MILLER, M. y STIGLITZ, J., “Bankruptcy Protection against Macroeconomic Shocks: the Case for a ‘Super Chapter 11’”, 1999, pp. 1-19, p. 15, disponible en <https://warwick.ac.uk/fac/soc/pais/research/researchcentres/csg/research/keytopic/global/milrstig.pdf>. Asimismo, v. CASEY (2021), pp. 18 y 23; EIDENMÜLLER y PAZ VALBUENA (2021), pp. 8-9.

derecho concursal se encuentran necesariamente limitadas por el objeto de este. En efecto, el sistema concursal permite hacer frente a las insolvencias resultantes de las situaciones de crisis financiera, en las que el sobreendeudamiento pasado impide al deudor acometer proyectos futuros valiosos, reajustando su estructura de capital. Sin embargo, no es apto para hacer frente a una crisis económica, como en buena medida es esta, por cuanto pone en cuestión determinados modelos de negocio. Y ello, simplemente, porque no tiene capacidad para dar una respuesta a dicha crisis, generando, por ejemplo, nueva demanda para los productos o servicios que los consumidores han dejado de solicitar o modificando los nuevos hábitos adquiridos por estos (27). Recuérdese que el objetivo principal del derecho concursal no es otro que maximizar el valor del patrimonio insolvente para conseguir, con ello, que se maximice igualmente el valor agregado de los derechos de crédito. Por lo tanto, no es un instrumento adecuado para acometer otro tipo de objetivos, como puedan ser mantener abiertas empresas, preservar el tejido industrial o conservar puestos de trabajo (28). En cuarto lugar, no hay que pasar por alto que abordar los problemas que plantea una crisis de estas características a través de instrumentos de derecho privado –como es el derecho concursal– puede producir *efectos redistributivos* (29). En efecto, algunas de las medidas trasladan sobre los acreedores el coste de reestructurar y financiar las empresas en dificultades. El ejemplo más claro es el caso de las llamadas «moratorias» o aplazamientos *ex lege* de la exigibilidad de las obligaciones que constituyen, en última instancia, una extensión forzosa del crédito a corto plazo (30). En sede concursal, sucede algo parecido al privar temporalmente a los acreedores afectados por un convenio o por un acuerdo

(27) CASEY (2021), pp. 11, 18 y 22.

(28) En este punto, es obligada la cita de JACKSON, T. H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1986, pp. 14-17. Entre nosotros, me permito remitir a BERMEJO, N., *Créditos y quiebra*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 502-504, 511-513. Sin embargo, la Exposición de Motivos del Texto Refundido de la Ley concursal declara que «[el] Derecho concursal se reivindica como una herramienta fundamental para la conservación de tejido empresarial y empleo [...]. Esta finalidad conservativa del derecho concursal se manifiesta no solo a través de normas con vocación de permanencia como el presente Texto Refundido, sino que en el contexto de la crisis sanitaria originada por el COVID-19 también se han adoptado medidas urgentes, de naturaleza temporal y extraordinaria, con incidencia en el ámbito concursal». En términos generales, esta consideración pasa por alto una idea fundamental, expresada magistralmente por los profesores Jackson y Baird: “[...] A principal characteristic of a market economy is, after all, that some firms fail, and postponing the inevitable or keeping marginal firms alive may do more harm than good. Forcing investors to keep assets in a relatively unproductive enterprise may limit the freedom of the same or different investors to use those assets in a different and more productive one. Keeping a firm in one town from closing may have the indirect effect of keeping a new one in a different town from opening”. BAIRD, D.G.; JACKSON, T.H., “Corporate Reorganizations and the Treatment of Diverse Ownership Interests: A Comment on Adequate Protection of Secured Creditors in Bankruptcy”, *U. Chi. L. Rev.*, n.º 51, 1984, pp. 97-130, p. 102.

(29) GARCIMARTÍN (2020 a), pp. 2-3, disponible en <https://almacenederecho.org/un-derecho-privado-especial-para-el-estado-de-alarma-el-ejemplo-del-concurso>.

(30) Señalan el valor de estas moratorias para limitar las necesidades de liquidez durante la crisis, MADAUS, S. y ARIAS, F. J.; “Emergency COVID-19 Legislation in the Area of Insolvency and Restructuring Law”, *ECFR*, n.º 3, 2020, pp. 318-352, pp. 329, 344. Sin embargo, como ponen de manifiesto CELENTANI, M. y GÓMEZ POMAR, F., «Concursos y pre-concursos de personas físicas, autónomos y microempresas: déjà vu all over again», *Indret*, n.º 3, 2020, pp. 1-10, p. 7, las moratorias establecidas respecto de la exigibilidad de determinadas obligaciones –v. gr., arrendaticias, hipotecarias, etc.–, trasladan los costes de la refinanciación a corto plazo sobre las partes del contrato.

de refinanciación homologado de la posibilidad de solicitar la declaración de incumplimiento de dicho convenio o acuerdo (arts. 4.2 y 5.2 Ley 3/2020), o, en su caso, la declaración de concurso –cuando el deudor ha hecho un primer intento de negociar un acuerdo con sus acreedores para salvar la insolvencia– (art. 6.2 Ley 3/2020, modificado por la disposición final 7.^a 4 RDL 5/2021). Los acreedores se ven, entonces, abocados a extender temporalmente financiación al deudor –v. *gr.*, otorgando esperas–, o a absorber parte de las pérdidas que se derivan de la dramática reducción de los ingresos –v. *gr.*, aceptando quitas–, cuando aquel les presenta una propuesta de modificación del convenio o del acuerdo de refinanciación que previamente habían alcanzado, o trata de negociar con ellos un acuerdo (31). La opción de rechazar la modificación o el acuerdo y esperar al levantamiento de la suspensión de la tramitación de las solicitudes de incumplimiento, o en su caso, de la admisión a trámite de las solicitudes de concurso necesario, aunque posible, no parece razonable para los acreedores si se toma en consideración el grave deterioro que puede sufrir el patrimonio del deudor durante ese periodo cuya duración, por lo demás, es incierta (32). El problema se acrecienta en aquellos supuestos en los que las medidas se imponen de manera general, en beneficio de cualquier deudor, sin controlar *ex ante* si existen opciones reales de supervivencia, de modo que, si se prolongan en el tiempo, pueden conducir a la (re)aparición de las llamadas empresas *zombie* (33).

A la vista de lo que acabamos de exponer, vamos a examinar a continuación un grupo particular de medidas adoptadas en nuestro sistema concursal, esto es, las que tienen por objeto contener las solicitudes de concurso para evitar un desbordamiento del sistema y facilitar la provisión de liquidez por parte de los *insiders* (v. *infra* III). Seguidamente, exploraremos las medidas públicas de financiación adoptadas por el gobierno y que, a la vista de lo expuesto, pueden ser más adecuadas que las primeras para abordar una crisis como la que nos afecta (v. *infra* IV).

III. LAS MEDIDAS CONCURSALES PARA CONTENER LAS SOLICITUDES DE CONCURSO Y FACILITAR FINANCIACIÓN

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La contención de la avalancha de concursos que una crisis sistémica y temporal como la que genera la pandemia puede ocasionar se ha confiado por parte del legislador a varias medidas. Por una parte, están las medidas que inciden sobre la

(31) MILLER, M. y STIGLITZ, J., “Bankruptcy Protection against Macroeconomic Shocks: the Case for a ‘Super Chapter 11’”, 1999, pp. 1-19, p. 13, disponible en <https://warwick.ac.uk/fac/soc/pais/research/researchcentres/csgr/research/keytopic/global/milrstig.pdf>; DIDIER, HUNEEUS, LARRAIN, SCHMUKLER (2020), p. 12. Este efecto se produce con independencia de que el legislador español no haya adoptado medidas para facilitar la adopción de estas modificaciones o de nuevos convenios. Constatan la falta de estas medidas, ROJO, *ADCo* (2020), RR-2.5 y FLORES, en esta misma publicación. Sobre los acreedores que resultan afectados en cada caso, ROJO, *ADCo* (2020), RR-2.5.

(32) Recuérdese que estos plazos han sido objeto de sucesivas ampliaciones por parte del legislador y que no puede descartarse que haya nuevas ampliaciones.

(33) En este sentido, DIDIER, HUNEEUS, LARRAIN, SCHMUKLER (2020), p. 16.

posibilidad de declarar el concurso de acreedores: la primera es la *suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso* (v. *infra* 2), y la segunda, la *inadmisión a trámite de las solicitudes de concurso necesario que puedan plantear los acreedores* (v. *infra* 3). Son las primeras medidas concursales que se adoptaron para hacer frente a la crisis. Estas se vincularon inicialmente a la duración del primer estado de alarma, de modo que, transcurrido el cual, el deudor debía solicitar la declaración de concurso en los dos meses siguientes (art. 43.1 RDL 8/2020). En paralelo, se contemplaba la inadmisión a trámite de las solicitudes de concurso necesario presentadas por los acreedores hasta transcurridos dos meses desde la terminación del estado de alarma (art. 43.1 RDL 8/2020)(34). Esa medida de suspensión era igualmente aplicable a aquellos casos en los que hubiera expirado el plazo para que el deudor alcanzara un acuerdo con los acreedores y, en consecuencia, debiera solicitar la declaración de concurso en el plazo de un mes por encontrarse en situación de insolvencia actual (arts. 595 TRLC y 43.2 RDL 8/2020). La configuración de las normas se ha ido ajustando en función de la evolución de los efectos de la pandemia sobre la actividad económica. En efecto, poco tiempo después, estas normas fueron modificadas para vincular la suspensión del deber de solicitar el concurso y la inadmisión a trámite de las solicitudes de concurso necesario a un plazo independiente de la duración del estado de alarma. Este se extendió inicialmente hasta el 31 de diciembre de 2020 (art. 11 RDL 16/2020)(35). De este modo, se pasa de dejar en suspenso el deber de solicitar la declaración de concurso y la admisión a trámite de las solicitudes de concurso necesario en esa situación de anormalidad que representaba el estado de alarma a permitir a las empresas, más allá de este, «[...] ganar tiempo para poder reestructurar su deuda, conseguir liquidez y compensar pérdidas, ya sea por la recuperación

(34) El artículo 43 del Real Decreto Ley 8/2020 –hoy derogado–, disponía lo siguiente: «1. Mientras esté vigente el estado de alarma, el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso. Hasta que transcurran dos meses a contar desde la finalización del estado de alarma, los jueces no admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario que se hubieran presentado durante ese estado o que se presenten durante esos dos meses. Si se hubiera presentado solicitud de concurso voluntario, se admitirá éste a trámite, con preferencia, aunque fuera de fecha posterior.

2. Tampoco tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso, mientras esté vigente el estado de alarma, el deudor que hubiera comunicado al juzgado competente para la declaración de concurso la iniciación de negociación con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, aunque hubiera vencido el plazo a que se refiere el apartado quinto del artículo 5 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal».

(35) El art. 11 del Real Decreto Ley 16/2020 –hoy derogado– disponía lo siguiente: «1. Hasta el 31 de diciembre de 2020 el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso, haya o no comunicado al juzgado competente para la declaración de este la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.

2. Hasta el 31 de diciembre de 2020, los jueces no admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario que se hayan presentado desde la declaración del estado de alarma. Si antes del 31 de diciembre de 2020 el deudor hubiera presentado solicitud de concurso voluntario, se admitirá ésta a trámite con preferencia, aunque fuera de fecha posterior a la solicitud de concurso necesario.

3. Si antes del 30 de septiembre de 2020 el deudor hubiera comunicado la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, se estará al régimen general establecido por la ley».

de su actividad ordinaria o por el acceso al crédito o a las ayudas públicas» (36). La norma recibe su formulación definitiva en la Ley 3/2020 (art. 6). No obstante, hasta la fecha, el plazo ha sido objeto de extensión en dos ocasiones más: la primera, hasta el 14 de marzo de 2021 (disposición final 10.^a.3 RDL 34/2020, de 17 de noviembre), y la segunda, como anticipábamos, hasta el 31 de diciembre de 2021 (disposición final 7.^a.4 RDL 5/2021), «[...] con el fin de dotar de un margen de tiempo adicional para que las empresas que están pasando por mayores dificultades como consecuencia de la pandemia puedan restablecer su equilibrio patrimonial, evitando una innecesaria entrada en concurso» (37).

Sin embargo, suspender temporalmente las declaraciones de concurso en los términos indicados no basta para hacer frente a una crisis como la que se ha desatado como consecuencia de la pandemia. Como hemos adelantado, es necesario facilitar la provisión de financiación a las empresas que sufren, a resultas de las perturbaciones de la actividad económica, importantes restricciones de liquidez (38). En este punto, el legislador español ha optado por incentivar el suministro de financiación por parte de los *insiders* (v. *infra* 4). A estos efectos, se modifica el régimen concursal general para favorecer la concesión de financiación por parte de quienes se encuentran en mejor posición para proporcionarla, esto es, quienes más cerca se encuentran del deudor, pues conocen mejor cuál es su verdadera situación (39). Esto tiene particular interés en una situación de incertidumbre y de aversión al riesgo por parte de los financiadores externos como la que hemos descrito (40). Estas medidas se acompañan de la adopción de medidas públicas de provisión de financiación, que merece un tratamiento aparte (v. *infra* IV).

2. LA SUSPENSIÓN DEL DEBER DE SOLICITAR LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

Como es sabido, el art. 5 TRLC impone al deudor el deber de solicitar la declaración de concurso cuando se encuentra en una situación de insolvencia actual, esto es, cuando no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (art. 2.3 TRLC). El derecho concursal de emergencia pone entre paréntesis temporalmente dicho deber, al objeto de evitar la apertura del concurso sobre empresas que se encuentran de modo coyuntural en situación de insolvencia actual como consecuencia de las perturbaciones en la actividad económica ocasionadas por las medidas de contención de la pandemia. La suspensión del deber concede a estas empresas un plazo –que en estos momentos se extiende a más de año y medio, desde el 14 de marzo de 2020 hasta el 31 de diciembre de 2021– para superar la

(36) Real Decreto Ley 16/2020, Exposición de motivos, apartado II. Había señalado las limitaciones de una solución que reducía la suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso a la duración del estado de alarma, obligando al deudor que no había logrado remover la situación de insolvencia actual a solicitar la declaración de concurso en los dos meses siguientes, GARCIMARTÍN (2020 a), p. 7.

(37) Real Decreto Ley 5/2021, Exposición de motivos, apartado I.

(38) DIDIER, HUNEEUS, LARRAIN, SCHMUKLER (2020), p. 4.

(39) Sobre la necesidad de favorecer estas vías de financiación alternativa, MADAUS y ARIAS (2020), p. 340.

(40) DIDIER, HUNEEUS, LARRAIN, SCHMUKLER (2020), p. 21.

situación de insolvencia en la que se encuentren sin tener que abrir un procedimiento concursal que pudiera destruir valor por las razones ya indicadas (v. *supra* II). En estas circunstancias, hay un riesgo importante de que no pocos concursos puedan acabar en la liquidación desagregada de empresas que son ahora insolventes, pero que, sin embargo, son valiosas a medio o largo plazo (41).

A la vista de su racionalidad, los destinatarios de la norma deberían ser los deudores que padecen dificultades financieras como consecuencia de las perturbaciones en la actividad económica ocasionadas por la pandemia (42). A estos efectos, el legislador ha asumido que las situaciones de insolvencia que se han desencadenado desde la primera declaración del estado de alarma (14 de marzo de 2020) son el resultado de las referidas perturbaciones (43). Sin embargo, el tenor literal de la norma no establece ninguna restricción para que también puedan beneficiarse de la suspensión deudores que ya eran insolventes con anterioridad a la primera declaración del estado de alarma (p. ej., el 30 de enero de 2020) (44). Es más, en su primera formulación, el legislador consideró que también podían beneficiarse de ella aquellos deudores que con anterioridad a la declaración del estado de alarma hubieran comunicado al juzgado el inicio de negociaciones con sus acreedores en virtud de lo dispuesto en el antiguo art. 5 bis LC (art. 583 TRLC). De este modo, si el plazo de tres meses –dos si se trata de una persona natural que no fuera empresario– hubiera transcurrido sin haber alcanzado un acuerdo con sus acreedores, una vez iniciado el estado de alarma, el deudor en situación de insolvencia actual tampoco estaba obligado a solicitar la declaración de concurso en el mes hábil siguiente (art. 595 TRLC). El deber quedaba en suspenso mientras durara dicho estado y se reactivaba una vez levantado este (art. 43.2 RDL 8/2020), debiendo entonces el deudor solicitar la declaración de concurso en el referido plazo de un mes. Esta configuración de la norma, que omite exigir un examen riguroso de la situación financiera del deudor, podría, ciertamente, verse como una medida que reduce los costes de administración de la misma y facilita su aplicación. Sin embargo, tratándose de una medida de carácter excepcional y con una finalidad muy concreta, hubiera sido conveniente ajustar la redacción de la norma para impedir que situaciones de insolvencia que no tenían su origen en las perturbaciones de las actividades económicas derivadas de la pandemia pudieran beneficiarse de ella amplificando injustificadamente sus efectos (45).

Como veíamos, de acuerdo con la última redacción de la norma, el deber de solicitar la declaración de concurso queda en suspenso hasta el *31 de diciembre de 2021*. A partir de esa fecha –desde el día siguiente, precisa ahora el legislador– se

(41) CELENTANI y GÓMEZ POMAR, *InDret* (2020), pp. 6-7.

(42) GARCIMARTÍN (2020 a), pp. 7-8.

(43) En este sentido, GARCIMARTÍN (2020 a), pp. 4-5.

(44) VALENCIA, F., «Administradores en estado de alarma», *RcP*, n.º 33, 2020, pp. 1-6, p. 4 (versión Smarteca); MARTÍNEZ SANZ, F., «Modificaciones en la obligación del deudor de solicitar el concurso y en materia de cumplimiento del convenio a causa del Covid-19», *RcP*, n.º 34, 2021, pp. 1-14, p. 6. GARCIMARTÍN (2020 a), p. 8 entendía que de ese plazo extra de dos meses no deberían poder beneficiarse aquellos deudores que eran insolventes antes de la declaración del estado de alarma y que, por lo tanto, hubieran debido declararse en concurso.

(45) En este sentido, GARCIMARTÍN (2020 a), pp. 6-7. Por su parte, MADAUS Y ARIAS (2020), p. 326, señalan que en Alemania la suspensión del deber se somete a la condición de que el deudor no fuera insolvente antes de diciembre de 2019.

reactiva el deber y empezará a computarse el plazo de dos meses durante el cual el deudor que se encuentre en situación de insolvencia actual debe solicitar la declaración de concurso (art. 5.1 TRLC) (46). A falta de otras medidas que permitan compensar la importante pérdida de ingresos que sufren las empresas, la mera puesta en suspenso del deber de solicitar la declaración de concurso es una estrategia que permite ganar tiempo, pero que, por sí sola, no permite atajar el problema de fondo de la falta de liquidez que afecta a las empresas, ni asegurar que la empresa, una vez superado dicho periodo, sea viable (47). De ahí que su eficacia nos parezca muy limitada. Por lo demás, esta suspensión del deber de solicitar el concurso no afecta ni a la posibilidad de solicitar espontáneamente el concurso voluntario –de hecho, las solicitudes presentadas hasta el 31 de diciembre de 2021 se admiten a trámite con preferencia a las solicitudes de concurso forzoso (art. 6.2 Ley 3/2020, modificado RDL 5/2021)–, ni a la posibilidad de alcanzar un acuerdo con los acreedores –v. gr., acuerdo de refinanciación o acuerdo extrajudicial de pagos– que permita reajustar la estructura de capital del deudor y continuar con su actividad (v. *infra* 2). Sin embargo, como anticipamos, la cuestión no está tanto en asegurar el acceso voluntario del deudor al sistema concursal, sino en saber si el sistema concursal puede, de manera efectiva, posibilitar la reestructuración de todas las empresas *ex ante* valiosas que, por lo tanto, merecen ser reestructuradas.

Para el supuesto de que hasta el 31 de diciembre de 2020 el deudor hubiera comunicado el inicio de negociaciones con sus acreedores (art. 583 TRLC), el legislador ha añadido una *regla especial*. En ese caso, si tras tres meses de negociaciones de una propuesta anticipada de convenio, un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos –dos meses, si se trata de una persona natural no empresario– estas fracasan, el deudor no vendrá obligado a solicitar la declaración de concurso en el mes hábil siguiente si se encuentra en situación de insolvencia actual (art. 595 TRLC). Ahora bien, no podrá beneficiarse de toda la suspensión del deber prevista en el derecho de emergencia por el legislador. En efecto, en este caso, *el deber de solicitar la declaración de concurso se activará cuando hayan transcurrido seis meses desde la comunicación* (art. 6.3 Ley 3/2020). De este modo, el deudor puede contar con un *plazo adicional* –tres meses o, cuatro, si se trata de una persona natural no empresario– *para alcanzar un acuerdo con sus acreedores y evitar el concurso* (48). Ahora bien, la paralización de las ejecuciones que se produce como consecuencia de la apertura de las negociaciones entre el deudor y sus acreedores se mantiene limitada, de acuerdo con el derecho común, a tres meses –dos meses cuando el deudor sea una persona natural que no fuera empresario– (art. 588 TRLC). Esto significa que, transcurrido dicho plazo, los acreedores podrán iniciar ejecuciones individuales sobre el patrimonio del deudor, lo cual puede dificultar que alcance un acuerdo con ellos una vez superado el horizonte temporal de los tres meses –o dos, en el caso de las personas naturales no empresarios–. Cuando, por el contrario,

(46) GARCIMARTÍN, F., «Nuevas medidas extraordinarias en materia (pre)concursal: el Real Decreto ley 16/2020», 18 de mayo de 2020, pp. 1-21, p. 8, disponible en <https://almacenederecho.org/nuevas-medidas-extraordinarias-en-materia-preconcursal-el-real-decreto-ley-162020>.

(47) De hecho, CELENTANI y GÓMEZ POMAR, *InDret* (2020), p. 7, advierten del riesgo de que la moratoria concursal pueda permitir una mayor tasa de supervivencia de empresas *zombie*, o empresas no viables que, sin estas medidas artificiales, no subsistirían mucho tiempo en el mercado.

(48) Crítico con este plazo adicional, MARTÍNEZ SANZ (2021), p. 5.

la comunicación de la apertura de las negociaciones se hubiera producido después del 31 de diciembre de 2020, en caso de que fracasasen las negociaciones iniciadas, se aplicará la regla general, de modo que el deudor en situación de insolvencia actual no vendrá obligado a solicitar la declaración de concurso hasta que no se levante la suspensión (31 de diciembre de 2021).

Al excepcionar el deber de manifestarse en estado de concurso *la norma elimina la consecuencia jurídica que se anuda a la infracción de dicho deber*. Esta no es otra que *la presunción, salvo prueba en contrario, de culpabilidad del concurso* (art. 444.1 TRLC). Ahora bien, como ha señalado la doctrina más atenta, eso no excluye que, durante el tiempo que dure la suspensión, el deudor pueda incurrir en otros comportamientos que contribuyan a generar o agravar el estado de insolvencia, en cuyo caso podría igualmente enfrentarse a una calificación del concurso como culpable (49). Ello coloca a cargo del deudor la obligación de gestionar durante dicho periodo su patrimonio de manera que no perjudique a sus acreedores generando o agravando la situación de insolvencia, lo que puede exigirle que, por ejemplo, ponga fin a estrategias de «apuesta a la resurrección», o que trate de alcanzar un acuerdo con estos para poner freno al deterioro patrimonial que sufre o, incluso, solicite la declaración de concurso (50).

3. LA INADMISIÓN A TRÁMITE DE LAS SOLICITUDES DE CONCURSO NECESARIO

Para evitar que, en estas circunstancias, sean los acreedores insatisfechos los que traten de obtener la declaración del concurso del deudor, el legislador ha previsto una norma complementaria de la anterior. Así, hasta la misma fecha –31 de diciembre de 2021–, *los jueces no admitirán a trámite las solicitudes de declaración de concurso presentadas desde la fecha de la primera declaración del estado de alarma* (14 de marzo de 2020) (art. 6.2, frase primera Ley 3/2020, modificado por el RDL 5/2021). Esta combinación de reglas no constituye ninguna novedad, pues ya aparece en otras disposiciones del régimen general (véase, p. ej., art. 7.1 y 2 de la Directiva 2019/1023). Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, no se ha previsto la posibilidad de que los acreedores puedan demostrar que el deudor era insolvente antes de la declaración del estado de alarma para evitar que pueda beneficiarse injustificadamente de esta medida (51).

La medida ha suscitado alguna duda que tiene que ver con *el riesgo de que pueda producir algún efecto indeseado*. En concreto, el problema que se plantea es que puede desatar *las ejecuciones individuales sobre el patrimonio del deudor* (52). En efecto, los acreedores que se enfrentan con los impagos del deudor pueden recurrir a los mecanismos de tutela individual del derecho de crédito puesto que no

(49) GARCIMARTÍN (2020 b), pp. 8-9; VALENCIA (2020), p. 4; MARTÍNEZ SANZ (2021), p. 7; FLORES, en esta misma publicación.

(50) En este sentido, GARCIMARTÍN (2020 a), pp. 6-7.

(51) Así lo señalan MAD AUS y ARIAS, (2020), pp. 324-325, respecto de Alemania y Francia.

(52) GARCIMARTÍN (2020 a), p. 7.

se ha previsto una regla de paralización de las ejecuciones individuales (53). Las consecuencias que se derivan de lo anterior son difícilmente aceptables. En efecto, la combinación de la suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso y su correlato, la no admisión a trámite de las solicitudes de concurso necesario, podría hacer *resurgir el dilema del caladero común* que el concurso, precisamente, trata de evitar (54). Así, los acreedores quedan libres para ejecutar individualmente el patrimonio del deudor y es probable que se precipiten a ejecutar ese mermado patrimonio para realizar sus derechos de crédito. Esto puede conducir al peor de los resultados posibles, es decir, la realización desagregada y desorganizada de sus bienes.

No obstante, lo cierto es que *el deudor podrá protegerse de tal situación solicitando la declaración de concurso*. En efecto, de acuerdo con lo previsto en estas normas, el deudor conserva la posibilidad de *solicitar la declaración de concurso voluntario* (art. 6.2 Ley 3/2020, modificado por el RDL 5/2021), que será admitido a trámite con preferencia frente a las solicitudes de declaración de concurso necesario que se hubieran producido (55). De este modo, el deudor podrá recurrir al concurso para ponerse a resguardo de las ejecuciones singulares que los acreedores puedan lanzar contra su patrimonio y reducir su valor (art. 142 TRLC). Ahora bien, ya hemos advertido de los riesgos que entraña la apertura de un procedimiento concursal formal en un escenario como el que hemos descrito (v. *supra* II.1). Además, esta solución fuerza al deudor a solicitar la apertura de un procedimiento cuya apertura se quería evitar temporalmente. Como alternativa, *el deudor puede comunicar al juzgado el inicio de negociaciones* respecto de un acuerdo de refinanciación o de un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 588 y 589 TRLC) (56). Dichos acuerdos permiten al deudor renegociar el pasivo existente –en todo o en parte–, con sus acreedores para reducir sus necesidades de liquidez, reduciendo o aplazando su exigibilidad al objeto de adaptarse a la situación actual (57). No obstante, no hay que pasar por alto que, en la situación presente, esa renegociación con los acreedores puede resultar mucho más costosa, dadas, en particular, las dificultades que aquellos pueden tener para absorber las pérdidas que el deudor les trata de trasladar

(53) GARCIMARTÍN (2020 a), p. 7. La moratoria que se ha establecido respecto de la exigibilidad de determinadas obligaciones –v. gr., arrendaticias, hipotecarias, etc.–, no parece suficiente para evitar este efecto.

(54) Sobre el dilema del caladero común, v. JACKSON (1986), pp. 7-19. Entre nosotros, me permito remitir a BERMEJO (2002), pp. 501-504.

(55) MADAUS y ARIAS (2020), pp. 318-352, p. 329, señalan que, salvo alguna excepción, es habitual que no se impidan las solicitudes voluntarias de concurso por parte de los deudores. En concreto, respecto de esta norma, v. ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico de los artículos 8 a 18 del Capítulo II (medidas concursales y societarias) del Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia», *La Ley*, n.º 9634, 2020, pp. 1-13 (edición Smarteca); CAMPUZANO, A. B., «La suspensión de la disolución obligatoria por pérdidas, la solicitud de concurso de acreedores y la comunicación del inicio de negociaciones», *ADCo*, n.º 50, 2020, RR-3.4, (versión Proview); MARTÍNEZ SANZ (2021), p. 4.

(56) GARCIMARTÍN (2020 a), p. 7.

(57) Sobre la posibilidad de colocar al deudor en «hibernación», reduciendo sus necesidades de liquidez y ajustando los créditos «a la baja», DIDIER, HUNEEUS, LARRAIN, SCHMUKLER (2020), pp. 4, 11-13. También, v. MADAUS y ARIAS (2020), pp. 329-330, 344.

a través de la renegociación y para valorar la probabilidad de que el deudor consiga reestructurarse (58).

Tras el 31 de diciembre de 2021, el juez del concurso podrá admitir a trámite las solicitudes de concurso forzoso que presentaron los acreedores. Sin embargo, el deudor insolvente que no quiera enfrentarse a las severas consecuencias que puede traer consigo la declaración de un concurso forzoso –p. ej., suspensión de las facultades de disposición y administración de los bienes (art. 106.2 TRLC)–, puede solicitar antes de dicha fecha –31 de diciembre de 2021– la declaración de concurso voluntario que, como ya hemos indicado, se tramitará preferentemente a aquella (art. 6.2, frase segunda Ley 3/2020, tal que modificada). Y ello, aunque el deudor hubiera presentado la solicitud con posterioridad a la presentada por los acreedores.

4. LA PROVISIÓN DE LIQUIDEZ POR PARTE DE LOS *INSIDERS*

La provisión de liquidez es esencial tanto para permitir a las empresas sobreponerse a las dificultades financieras que sufren, como para evitar que se llegue a una situación de deterioro patrimonial que obligue a recurrir a los instrumentos concursales y preconcursales. En ese sentido, la provisión de liquidez también puede verse como un instrumento que puede contribuir a contener la pandemia concursal (59). El legislador ha puesto el foco en los *insiders* –esto es, las personas especialmente relacionadas con el deudor, como puedan ser los socios del deudor, los administradores de la sociedad deudora, las sociedades del mismo grupo, los familiares del deudor, etc. (arts. 282 y 283 TRLC)– como proveedores de financiación. Como anticipamos, son ellos los que pueden proporcionar financiación a la sociedad a un menor coste, pues son quienes más cerca se encuentran del deudor y conocen mejor cuál es su verdadera situación (60). Esto resulta de particular interés en una situación de crisis sistémica, como la actual, en la que, por una parte, aumenta significativamente la demanda de este recurso, que se vuelve más escaso y costoso, y por otra, aumenta también la incertidumbre acerca del valor de la empresa y de su recuperación, lo que genera aversión al riesgo por parte de los financiadores externos (61). Es más, en el caso concreto de los socios, favorecer este tipo de financiación permite que sean los dueños quienes asuman en primer lugar los costes de reorganizar las sociedades afectadas por la crisis incentivando la provisión de los recursos necesarios para ello. Esto resulta importante en un contexto en el que, en principio, se mantienen en la sociedad y, por lo tanto, están llamados a apropiarse del resultado positivo de la reestructuración (62). Además, cuando estos participan en la refinanciación de la sociedad insolvente se reducen los problemas de riesgo moral respecto de las decisiones que se tomen *ex post* respecto de la reestructuración de la sociedad. A fin de cuentas, si sale mal pueden

(58) Así, DIDIER, HUNEEUS, LARRAIN, SCHMUKLER (2020), pp. 12-13. Este tipo de razones justifica, a su juicio, la adopción de políticas públicas de provisión de liquidez.

(59) Destacan su valor para aliviar las dificultades de las pequeñas y medianas empresas y evitar que «echen el cierre», MORRISON y SAAVEDRA (2020), p. 12.

(60) Sobre la necesidad de favorecer estas vías de financiación alternativa, MADAUS y ARIAS (2020), p. 340.

(61) DIDIER, HUNEEUS, LARRAIN, SCHMUKLER (2020), p. 21.

(62) En este sentido, v. EIDENMÜLLER y PAZ VALBUENA (2021), pp. 19 y 26.

perder la inversión adicional realizada. Ahora bien, a la vista de las consideraciones que hemos tenido ocasión de exponer con anterioridad (v. *supra* II), la cuestión que se plantea de inmediato es hasta qué punto esos *insiders* se van a encontrar en disposición efectiva de conceder la financiación necesaria para atender a las necesidades del deudor, en la medida en que ellos mismo puedan verse afectados por esta crisis sistémica.

Volviendo a la financiación por parte de los *insiders*, como es sabido, esta se encuentra penalizada en el régimen general del concurso de acreedores. Los créditos de los que estos sean titulares que procedan de préstamos o de actos con análoga finalidad quedan sujetos a una regla de subordinación automática (arts. 281.1.5 y 282 a 284 TRLC). Pues bien, para incentivar dicha financiación, el legislador español *ha dejado sin efecto la regla de la subordinación* en dos supuestos concretos: en primer lugar, respecto de la financiación que concedan en el marco de un convenio, cuando a resultas del fracaso de este se abre la fase de liquidación [v. *infra* a)] y, en segundo lugar, respecto de la financiación concedida al deudor fuera del concurso [v. *infra* b)].

a) La primera medida permite *calificar como créditos preducibles o contra la masa en una liquidación posterior* los créditos resultantes de la nueva financiación otorgada al deudor en caso de incumplimiento de un convenio aprobado en el marco de un concurso de acreedores en los dos años siguientes a contar desde el 14 de marzo de 2020 o modificado en ese periodo –lo que se conoce como «reconvenio»– (art. 4.3 Ley 3/2020). Adviértase que lo relevante, a los efectos de la aplicación de la norma, es que el convenio que incorpora la financiación para hacer posible su cumplimiento se haya aprobado o modificado en el periodo señalado (63). Dicho periodo constituye una referencia temporal que pretende poner de manifiesto su conexión con la situación de crisis (64). Ahora bien, siendo esto así, llama la atención que no sea homogénea con el resto de las referencias temporales utilizadas por el legislador en el diseño de este derecho concursal de emergencia. El tenor literal de la norma es amplio y permite incluir *cualquier forma de financiación que suponga un ingreso de tesorería* –v. gr., préstamos, créditos o negocios de naturaleza análoga–, *así como los derechos de reembolso derivados del otorgamiento de garantías personales o reales a favor del deudor*. De este modo, se extiende a los *insiders* el régimen general previsto para los proveedores de la financiación concedida para financiar el plan de viabilidad necesario para el cumplimiento del convenio, de la que aquellos habían quedado expresamente excluidos (art. 242.14º TRLC). Pero para que pueda beneficiarse de esta mejora de rango, se exige que *la financiación debe constar en el convenio o en su modificación* –adviértase que, en el régimen común, solo se prevé que los compromisos de terceros respecto de la prestación de recursos deben constar en el plan de viabilidad que acompaña al convenio (art. 332 TRLC) (65). Al objeto de delimitar con precisión el crédito que se beneficia de la prededucción, el legislador ha señalado,

(63) Subraya que la regla no se vincula a la financiación del plan de viabilidad, sino que tiene un alcance más amplio, PÉREZ-CRESPO, F., «Los créditos contra la masa», *ADCo*, n.º 50, 2020, RR-7.4, (versión Proview).

(64) MADAUS y ARIAS (2020), p. 341. Respecto de la interpretación de la norma española, v. también MARTÍNEZ SANZ (2021), p. 10.

(65) ROJO (2020), RR-2.5.

además, que en el convenio o en la modificación deberá constar la identidad del obligado y la cuantía máxima de la financiación a conceder o de la garantía a constituir, lo que permitirá anticipar el máximo de la financiación que puede beneficiarse de la prededucción. De este modo, se trata de evitar que pueda intentarse extender la prededucción a quienes ya habían concedido financiación en un momento anterior, que no quedara amparada en esta disposición (66).

A diferencia de lo que ocurrió en la pasada crisis, el legislador no ha extendido la consideración de crédito prededucible en el concurso consecutivo posterior a los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor que supusieran un ingreso de tesorería en el marco del correspondiente acuerdo de refinanciación (DA 2.^a.2 Ley 17/2014). Recuérdese que, en este caso, la regla general es que la mitad de la financiación recibida por el deudor goza de la calificación de crédito prededucible y el resto goza de un privilegio general (arts. 280.6° y 704.1 y 2 TRLC). Sin embargo, el «dinero nuevo» que puedan conceder las personas especialmente relacionadas con el deudor no puede beneficiarse de dicha calificación (arts. 704.3 TRLC). En el derecho concursal de emergencia, estos casos habrán de reconducirse al supuesto siguiente.

b) El segundo incentivo despliega sus efectos respecto de *la concesión de financiación por parte de los insiders antes de la apertura del concurso*. La consecuencia de dejar sin efecto en *el concurso consecutivo* la regla de la subordinación es que el crédito recibe, en principio, *la calificación de ordinario*, que es la que le corresponde *al no estar vinculada la concesión de financiación a la tramitación de procedimiento concursal alguno*. Ahora bien, esta calificación no provoca la congelación del rango –a diferencia de lo que se había mantenido respecto de la primera redacción de la norma (67)–, de modo que, como ha reconocido expresamente el legislador a partir de la Ley 3/2020, *podrá reconocérsele el tratamiento privilegiado que corresponda* –p. ej., en aquellos casos en los que se haya garantizado la operación con una garantía real (art. 7.1 y 3/2020). Los *insiders* podrán beneficiarse de esta medida en los concursos de acreedores que se declaren en el periodo de dos años desde la declaración del estado de alarma (hasta 14 de marzo de 2022) (68)–. De nuevo, se trata de operaciones definidas de manera amplia por el legislador, que incluyen los créditos que proporcionen al deudor ingresos de tesorería y que resulten de préstamos, créditos, negocios de naturaleza análoga o, incluso, de la prestación de garantías (v. gr., pago del crédito al tercero y subrogación en el mismo) (69).

(66) *Ibid.*, RR-2.6.

(67) *Ibid.*, RR-2.7, nota al pie n.º 12.

(68) GARCÍA CRUCES, J. A., «Las financiaciones y pagos por terceros», *ADCo*, n.º 50, 2020, RR-9.2 (versión Proview); PULGAR, J., «Financiación preconcursal interna de empresas en reestructuración: régimen vigente y normas temporales COVID-19», *RcP*, n.º 34, 2021, pp. 1-35, p. 22 (versión Smarteca).

(69) A nuestro juicio, no se incluyen entre estos créditos la adquisición por parte de personas especialmente relacionadas con el deudor de pasivo que corresponda a otros acreedores. La adquisición del crédito no puede considerarse una forma de financiación que suponga un ingreso de tesorería para la sociedad –y ello, aunque la finalidad de la operación en la que tiene origen el crédito fuera esa. De otra opinión, GARCÍA CRUCES (2020), RR-9.3. Desaconseja este tipo de «subrogaciones» no previstas en el acuerdo o convenio PÉREZ-CRESPO (2020), RR-7.7.

Si bien el tratamiento que, en cuanto al pago, deben recibir estos créditos en el concurso consecutivo parece claro, surgen, sin embargo, dudas con relación al voto que puedan tener estos créditos. Al no tener ya la condición de créditos subordinados, sus titulares no están privados de derecho de voto (art. 352 TRLC). Ello resulta, sin duda, de gran interés para estos en la medida en que puede permitirles adquirir el control de la reestructuración posterior (70). Sin embargo, tratándose de sujetos que portan dos sombreros –*v. gr.*, el de socios y el de acreedores– y que van a tener un indudable interés en sacar adelante un convenio que les permita retener valor como dueños de la sociedad o que afecte en la menor medida posible a sus derechos de crédito, hubiera sido deseable plantearse la conveniencia de incluir una norma, parecida a la prevista en sede de acuerdos de refinanciación, que excluya del cómputo del pasivo a los créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor (art. 599.1 TRLC). De hecho, cabe plantearse hasta qué punto es razonable que se les excluya a los efectos de cómputo del porcentaje pasivo en la adopción de dichos acuerdos de refinanciación –recuérdese que, aunque ahora puedan calificarse como créditos ordinarios, siguen siendo créditos cuya titularidad corresponde a personas especialmente relacionadas con el deudor– y que, sin embargo, puedan participar con su voto en la adopción del convenio.

IV. LAS MEDIDAS PÚBLICAS DE FINANCIACIÓN

Hasta aquí, hemos señalado las limitaciones que presenta el derecho concursal para hacer frente a las perturbaciones de la actividad económica derivadas de la pandemia y las hemos visto reflejadas en las medidas adoptadas en nuestro ordenamiento. El problema es que, como señalábamos, las implicaciones concurrentes desbordan el ámbito privado del concurso de acreedores (*v. supra* II.2). De ahí que no pocas voces se hayan manifestado a favor de la adopción de medidas públicas que hagan posible un *bail-out*, esto es, una intervención del Estado asumiendo, en todo o en parte, el pago de las obligaciones que pesan sobre los deudores en dificultades. El Estado tiene capacidad de distribuir los costes de dichas medidas sobre el conjunto la sociedad, repartiéndolos entre las generaciones presentes y futuras –*v. gr.*, a través de los impuestos–. El *bail-out* se contrapone así al *bail-in*, referido al conjunto de medidas impuestas *ex post*, que permiten transferir las pérdidas que se generan en una situación de crisis como la expuesta, en todo o en parte, sobre determinados operadores –*p. ej.*, los acreedores, a los que puede imponerse cancelaciones totales o parciales de la deuda principal o de los intereses; a los arrendadores a los que pueden imponerse moratorias en el pago de las obligaciones, etc. (71) –.

(70) ROJO (2020), RR-2.7. Señala que este puede ser el mayor interés de esta regla, GARCIMARTÍN (2020 b), p. 16. Crítica con la norma PULGAR (2021), pp. 24-25, quien advierte de la existencia de un riesgo de expropiación respecto de los anteriores acreedores del deudor, sobre todo cuando los socios se pueden hacer reconocer la condición de garantizados. Sin embargo, lo cierto es que no hay expropiación si los acreedores pueden anticipar esta situación –porque son conscientes de que puede aparecer un crédito garantizado posterior al suyo– y tomar medidas al negociar su crédito para protegerse frente a este riesgo o exigir la correspondiente prima de riesgo.

(71) Sobre esta distinción, VAN ZWEITEN, EIDENMÜLLER, SUSSMAN (2020), pp. 23-24.

En una situación, como la expuesta, en la que la causa de las dificultades financieras que padecen las empresas es exógena y genera una crisis sistémica, cuyos efectos pueden contagiarse rápidamente entre los distintos operadores, la respuesta debe basarse principalmente en las medidas de *bail-out*, y más concretamente, en la intervención del Estado como *financiador de último recurso* de aquellas empresas en dificultades que necesitan liquidez para hacer frente a las importantes pérdidas de rentas derivadas de la pandemia –p. ej., a través de la concesión de préstamos, el otorgamiento de garantías, o la suscripción de capital social o de instrumentos híbridos, como las obligaciones convertibles o los préstamos participativos (72). Esta opción tiene la ventaja de eliminar los problemas de redistribución de las pérdidas en perjuicio de los operadores afectados por las medidas de *bail-in*. Es más, si las cosas van bien y las empresas así financiadas salen adelante, el Estado podrá recuperar su inversión y minimizar la carga social de estas medidas. En cambio, si las cosas van mal y, pese a la financiación, tras la crisis no resulta posible sacar adelante las empresas financiadas, el Estado se convertirá en el *destinatario de las pérdidas de último recurso (loss absorber of last resort)* (73). Ahora bien, a la vista de las graves implicaciones que tiene esta intervención es necesario que dicha provisión pública de liquidez se lleve a cabo de manera *proporcionada* –esto es, que no vaya más allá de lo necesario para hacer posible el objetivo de remover las dificultades para obtener financiación de empresas *ex ante* valiosas y que, por lo tanto, presentan una perspectiva razonable de viabilidad–; *eficiente* –en el sentido de que la aplicación de estas medidas de provisión de liquidez arrojen un beneficio neto para el conjunto de la sociedad y permitan internalizar las ganancias y pérdidas que generen; *equitativa* –no favoreciendo a unos operadores en detrimento de otros– y *transparente* –debiendo estar sometidas al escrutinio público y a un control de legalidad que legitime su otorgamiento (74)–.

Dicho lo anterior, la provisión pública de liquidez resulta especialmente relevante para aquellas empresas que se ven afectadas con particular intensidad por esta crisis. Entre ellas se encuentran las *empresas sistémicas* –como puedan ser las que prestan servicios esenciales o gestionan infraestructuras necesarias para el buen funcionamiento de la economía–, cuya insolvencia puede imponer importantes externalidades negativas al conjunto sociedad –p. ej., afectación a su subsistencia y, por ende, a los servicios prestados, así como un impacto significativo en el mercado laboral y en el propio sistema de Seguridad Social (75). Sin dicha financiación, su subsistencia podría verse comprometida, lo que puede perjudicar al conjunto de la sociedad. Pero también lo están para las *empresas que arrastran elevados niveles de endeudamiento anterior* –que les dificulta aún más la obtención de financiación–, así como para las *pequeñas y medianas empresas*, cuya capacidad de resistencia es menor y que, como ya hemos visto, son las que más

(72) EIDENMÜLLER y PAZ VALBUENA (2021), pp. 20-23, 34. Respecto del interés de los *bail-outs* respecto de las crisis financieras sistémicas y las medidas públicas de estímulo económico –p. ej., fondos– que hagan posible el mantenimiento de las empresas en los casos crisis económicas sistémicas CASEY (2021) pp. 12, 14-21.

(73) DIDIER, HUNEEUS, LARRAIN, SCHMUKLER (2020), p. 22.

(74) EIDENMÜLLER y PAZ VALBUENA (2021), p. 23.

(75) *Ibid.*, pp. 19-21, donde señalan la necesidad de establecer para estos casos un *bail-out ad hoc*.

dificultades pueden tener para superar las perturbaciones generadas por la crisis pandémica (76).

En nuestro ordenamiento, estas medidas se concretan en la promoción de distintas líneas públicas de financiación. Por una parte, nos encontramos con la provisión de avales por parte del ICO a la financiación concedida a empresas y autónomos para hacer frente a sus necesidades de liquidez (art. 29 RDL 8/2020, modificado por la disposición final 3.^a del Real Decreto Ley 5/2021) (77); así como con la línea de avales aprobada por Real Decreto Ley 25/2020, de 3 de julio, para atender las necesidades financieras de empresas y autónomos derivadas de la realización de nuevas inversiones y de las empresas que se encontraban en proceso de renovación de su programa de pagarés en el Mercado Alternativo de Renta Fija (MARF) a 23 de abril de 2020. En ambos casos, esta medida se extiende hasta el 31 de diciembre de 2021 (disposiciones finales 3.^a y 6.^a RDL 5/2021). Por otra parte, se contempla la creación del *Fondo de apoyo a la solvencia de empresas no financieras, que sean estratégicas para el tejido productivo y económico*, dependiente de la SEPI (78). El carácter estratégico se define a la vista de criterios tales como el sensible impacto social y económico de las empresas, su relevancia para la seguridad o la salud de las personas, las infraestructuras, las comunicaciones o su contribución para el buen funcionamiento de los mercados (art. 2.2 RDL 25/2020). De manera más reciente, el Real Decreto Ley 5/2021 ha previsto la creación de una *línea para financiar ayudas directas a autónomos y empresas* (art. 1 RDL 5/2021), y de otra *para la reestructuración de la deuda financiera* (art. 10 RDL 5/2021) (79), así como un *Fondo de recapitalización de empresas afectadas por el COVID*, adscrito al COFIDES y dependiente del Ministerio de Industria, alternativo al Fondo de apoyo a la solvencia de empresas (art. 17 RDL 5/2021) (80). Para poder beneficiarse de cualquiera de estas formas de financiación, los deudores no podrán ser insolventes declarados, esto es, no podrán haber sido «declarados en concurso, salvo que en éste haya adquirido la eficacia un convenio» [disposición adicional 4.^a.1e) Real Decreto Ley 5/2021] (81). De este modo, se abre a los deudores que ya

(76) DIDIER, HUNEEUS, LARRAIN, SCHMUKLER (2020), p. 21; CASEY (2021), pp. 17-18.

(77) Así, se podrán conceder avales para garantizar la financiación concedida por entidades de crédito, establecimientos financieros de crédito, entidades de dinero electrónico y entidades de pagos a empresas y autónomos para atender sus necesidades derivadas, entre otras, de la gestión de facturas, necesidad de circulante, vencimientos de obligaciones financieras o tributarias u otras necesidades de liquidez. Por acuerdo del Consejo de Ministros se establecerán las condiciones aplicables y los requisitos a cumplir.

(78) Real Decreto Ley 25/2020, de 3 de julio. Sobre este fondo, en detalle, v. BERMEJO, N.: «El apoyo público a la solvencia empresarial y el privilegio del crédito público. O lo que cabe esperar de este privilegio», *ADCo*, n.º 52, 2021, pp. 271-282.

(79) Exposición de motivos, apartado III.

(80) Exposición de motivos, apartado III.

(81) FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., «La desjudicialización de la insolvencia provisional», 21 de marzo de 2021, pp. 1-5, p. 4, disponible en <https://almacenederecho.org/la-desjudicializacion-de-la-insolvencia-provisional>, entiende que con base en este precepto las ayudas quedan limitadas «a empresarios y autónomos cuya situación de insolvencia se haya originado por las consecuencias económicas de la alarma sanitaria». Sin embargo, esta limitación no aparece formalmente en la norma. De hecho, nada impide que, a la vista de su tenor literal, un deudor que fuera declarado en concurso en diciembre de 2019 por causas ajenas a la pandemia, y que hubiera alcanzado un convenio con sus acreedores que está en fase de cumplimiento, pudiera beneficiarse de las ayudas previstas en la norma. En estos casos, se entiende que el hecho de haber alcanzado un convenio con los acreedores que le permita reestructu-

hubieran alcanzado un convenio con sus acreedores la posibilidad de obtener financiación que haga posible el cumplimiento del mismo. En estos casos, se asume que existe una perspectiva razonable de recuperación de estas empresas en la que los acreedores confiaron al aprobar el convenio. Asimismo, quedan fuera los inhabilitados hasta que cese la inhabilitación prevista en la sentencia de calificación [disposición adicional 4.^a 1e) Real Decreto Ley 5/2021] (82).

En contra de lo que se ha apuntado en los primeros comentarios de esta norma, *no estamos ante la creación de un nuevo derecho concursal diseñado para las insolvencias provisionales*, sino ante una batería normativa a través de la que se pretende organizar la provisión pública de liquidez de las empresas que permita, precisamente, evitar el recurso al mismo (83). A esos efectos, se establece en el caso de las ayudas directas a autónomos y empresas, *una regla de imputación de pagos* –que no debe confundirse con un nuevo régimen de prelación de créditos–, al objeto de asegurar el cumplimiento del propósito buscado por la norma, esto es «[...] apoyar la solvencia del sector privado, mediante la provisión a las empresas y autónomos de ayudas directas de carácter finalista [...]». Esta exige que las ayudas recibidas por autónomos y empresas elegibles se imputen, a «[...] satisfacer la deuda y realizar pagos a proveedores y otros acreedores, financieros y no financieros, así como los costes fijos incurridos por los autónomos y empresas considerados elegibles» y no a realizar a otro tipo pagos, ajenos a dicho propósito (p.ej., aumentar las retribuciones). Así, con dichas ayudas, «[en] primer lugar, se satisfarán los pagos a proveedores, por orden de antigüedad y, si procede, se reducirá el nominal de la deuda bancaria, primando la reducción del nominal de la deuda con aval público» (art. 1.3 RDL 5/2021) (84). Igualmente, se establecen *reglas específicas respecto de la recuperación de los avales* (art. 16 RDL 5/2021) (85).

Esta provisión pública de liquidez no se realiza en condiciones de mercado y constituye, por lo tanto, una *ayuda de estado* que puede falsear la competencia en el mercado interior (art. 1071 TFUE). Esto explica que la obtención de dicha financiación esté sujeta a las condiciones impuestas por el *Marco Temporal relativo a*

rar su pasivo constituye un indicador de que la empresa ha superado la insolvencia –o al menos, está en vías de hacerlo– y puede beneficiarse de estas ayudas, sin que ello tenga un efecto negativo sobre la competencia.

(82) FERNÁNDEZ SEIJO (2021), pp. 4-5.

(83) De otra opinión es FERNÁNDEZ SEIJO (2021), pp. 1-2 y 5 que entiende que la norma pone en pie un sistema paralelo de gestión de las insolvencias provisionales..

(84) Entiende, sin embargo, que se incorpora una modificación en la prelación concursal, FERNÁNDEZ SEIJO (2021), pp. 2-3.

(85) El artículo 16 RDL 5/2021 ha introducido unas reglas específicas para el cobro tanto de los avales previstos en el art. 29 del RDL 8/2020, como de los previstos en RDL 25/2020. Importa ahora destacar que, de acuerdo con dichas reglas (i) corresponde a las entidades financieras obtener, por cuenta del Estado, el reintegro las cantidades pagadas por este como consecuencia de la ejecución de los avales, y deberán obtener su autorización para otorgar «[...] aplazamientos, fraccionamientos y quitas» (art. 16.2); (ii) los créditos derivados de la ejecución de dichos avales pueden quedar afectados por los acuerdos extrajudiciales de pagos y se consideran pasivo financiero en el caso de los acuerdos de refinanciación homologados (art. 16.3); y dichos créditos no se beneficiarán de privilegio alguno y tendrán, por lo tanto, la condición de créditos ordinarios (art. 16.4). Son razones de eficiencia en la gestión del cobro las que han llevado al legislador a establecer este régimen de recuperación de avales y que, además, permiten hacer efectiva más fácilmente la aplicación de la cláusula *pari passu* que se incorpora a estos. Dicha cláusula permite repartir las pérdidas de la operación entre el financiador y el Estado (v. Exposición de motivos, apartado II).

las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 (86). Dicho Marco establece qué medidas temporales de ayuda consistentes en la provisión de liquidez pueden considerarse compatibles a la luz de lo dispuesto en el artículo 107.3 b) TFUE, por tratarse de medidas destinadas a «[...] poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro» (87). Así, para que esta financiación pública pueda considerarse compatible con el mercado interior debe solicitarse por la empresa beneficiaria hasta el 31 de diciembre de 2021. Debe, también, tener *carácter temporal, asignarse a empresas que sean viables a medio y largo plazo y limitarse a las cantidades necesarias para superar las tensiones de liquidez*. Eso significa que no puede superar el mínimo necesario para garantizar la viabilidad de la empresa beneficiaria, ni exceder del restablecimiento de la estructura de capital de la beneficiaria a la situación anterior al brote del COVID-19 (respecto de las medidas de recapitalización, v. párrs. 44, 45 y 48 del Marco Temporal). Asimismo, queda sujeta a condiciones estrictas de *entrada, remuneración y recuperación*. En cuanto a *la entrada*, se exige que la empresa fuera solvente a 31 de diciembre de 2019; que sea imposible obtener financiación en el mercado en condiciones asequibles; que haya grave riesgo de cese de la actividad sin la financiación y que exista un interés común en la intervención (párr. 49 del Marco). Desde la modificación del marco, el requisito de solvencia no impide la concesión de financiación a empresas que estén ejecutando un convenio, por entenderse que en esos casos la insolvencia debe considerarse superada (88). Por lo que se refiere a la *remuneración*, esta deberá ajustarse a la metodología fijada por el legislador o, alternativamente, ser adecuada a la inversión

(86) Este Marco establece qué medidas temporales de ayuda pueden considerarse compatibles a la luz de lo dispuesto en el artículo 107.3 b) TFUE. Dichas medidas podrán aprobarse muy rápidamente por la Comisión, una vez notificadas por el Estado miembro (párrafo 16). El Marco Temporal fue aprobado el 19 de marzo de 2020 (Comunicación de la Comisión C (2020) 1863). La primera modificación es de 3 de abril de 2020 (Comunicación C (2020) 2215), la segunda, de 8 de mayo de 2020 (Comunicación de la Comisión C (2020) 3156) y la tercera de 29 de junio (Comunicación de la Comisión C (2020) 3156). Dicho marco temporal fue modificado, por cuarta vez, el 13 de octubre de 2020 (Comunicación de la Comisión C (2020) 7127) y por quinta, el 28 de enero de 2021 (Comunicación de la Comisión C (2021) 564). Mediante dicha modificación el plazo se extiende hasta el 31 de diciembre de 2021. Una versión del texto consolidado de este Marco Temporal se encuentra disponible en https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/TF_informal_consolidated_version_amended_28_january_2021_es.pdf.

(87) Respecto de la finalidad de este Marco Temporal, v. párr. 11 del Texto consolidado: «la presente Comunicación establece las posibilidades de que disponen los Estados miembros en virtud de las normas de la UE para garantizar la liquidez y el acceso a la financiación para las empresas, especialmente las pymes que se enfrentan a una súbita escasez en este período, a fin de que puedan recuperarse de la situación actual». Adviértase que este Marco Temporal establece un régimen particular –y por lo tanto, diferenciado– del contemplado en la Comunicación de la Comisión europea relativa las Directrices sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas no financieras en crisis (2014/C 249/01), al amparo de lo dispuesto en el art. 107.3 c) TFUE, al objeto permitir la autorización de «las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades [...] económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común». La revisión de estas directrices por parte de la Comisión –cuya vigencia alcanzaba hasta el 31 de diciembre de 2020 (párr. 135)– se encuentra, en el momento de redacción de este trabajo, pendiente.

(88) V. art. 49 d) bis del Marco Temporal (Texto consolidado): «[...] se podrán conceder ayudas a microempresas o a pequeñas empresas [...] que ya estuvieran en crisis el 31 de diciembre de 2019 siempre y cuando no se encuentren inmersas en un procedimiento concursal de acuerdo con su derecho nacional [...]».

realizada y adaptarse a las características y prelación del instrumento financiero, e incentivar la amortización de la ayuda y la búsqueda de capital alternativo (párrs. 55, 58 y 59 del Marco Temporal). Y en cuanto a la *recuperación*, la inversión deberá recuperarse cuando la economía se estabilice y deberá establecerse una estrategia de salida gradual del Estado que incentive la finalización temprana de la ayuda del Fondo (párrs. 56 y 69 del Marco Temporal). De este modo, se busca minimizar tanto la distorsión que se introduce en la competencia, como el impacto para el conjunto de la sociedad de este tipo de medidas. Adviértase que los requisitos impuestos por el Marco Temporal aplicable pueden contribuir significativamente a hacer de estas medidas públicas medidas *proporcionadas* –limitadas a lo estrictamente necesario para atender a las necesidades de liquidez de las sociedades cuyos ingresos se ven afectados por las consecuencias de la crisis, una vez que los inversores pre-existentes han hecho lo posible por sacar adelante la empresa–(89); *eficientes* –en la medida en que generan un beneficio neto para el conjunto de la sociedad, al permitir en el interés del conjunto de la sociedad la reestructuración de empresas valiosas que presentan *ex ante* perspectivas razonables de recuperación, y posibilitan la internalización de las consecuencias positivas y negativas de las decisiones– (90); *equitativas* –que al imponer a los Estados la recuperación de la ayuda, tratan de minimizar el impacto sobre los contribuyentes y sobre los competidores, así como evitar que las medidas impuestas en beneficio de unos, lo sean en perjuicio de otros–(91), y *transparentes* –sujetas a un procedimiento que revele información suficiente acerca del otorgamiento de las ayudas, que permita que la medida sea conocida por el público, así como a los correspondientes controles de legalidad, que permitan que pueda ser considerada una medida legítima–(92).

V. CONCLUSIÓN

La crisis desatada por las graves perturbaciones en las actividades económicas derivadas de la pandemia requiere de soluciones que se ajusten a las particularidades de esta crisis, que fundamentalmente es una crisis exógena, sistémica y temporal. Como hemos tenido ocasión de comprobar, el derecho concursal, en tanto que instrumento de derecho privado que permite hacer frente a crisis financieras específicas (o no sistémicas), tiene importantes limitaciones para abordar los problemas que plantea una crisis como esta. Esto nos lleva a poner de manifiesto el valor de las medidas públicas para hacer frente al principal problema que se plantea para las empresas en estas circunstancias y que no es otro que es el desplome de los ingresos y una drástica pérdida de liquidez que puede arrastrarlas rápidamente a la insolvencia. En efecto, una crisis de estas características debe abordarse preferentemente a través de medidas públicas que permitan hacer frente a esas necesidades temporales de liquidez y evitar que empresas *ex ante* valiosas puedan verse arrastradas al concurso. Esto resulta, además, particularmente importante, en

(89) EIDENMÜLLER y PAZ VALBUENA (2021), pp. 24-25.

(90) *Ibid.*, pp. 27-29.

(91) *Ibid.*, pp. 29-30.

(92) *Ibid.*, pp. 32-33.

un momento en el que la sobrecarga del sistema concursal –que no se limita a la actividad de los juzgados, sino que afecta a todos los recursos necesarios para sacar adelante un procedimiento de estas características– puede generar disfunciones y conducir a soluciones perjudiciales para la sociedad en su conjunto –v. gr., liquidación de empresas valiosas, pérdida de determinados servicios, destrucción de puestos de trabajo, sobrecarga del sistema de Seguridad social, etc. Estas medidas de provisión pública de liquidez deben permitir a dichas empresas atravesar el periodo de incertidumbres y perturbaciones que quede hasta el fin de esta crisis pandémica. Una vez superada la crisis, será el momento de que el Estado proceda a «desconectarlas» paulatinamente para iniciar su recuperación y minimizar, con ello, el impacto negativo que estas puedan tener para la sociedad. La cuestión de cómo deba llevarse a cabo esa desconexión –p. ej., transmitiendo su posición a un tercero que esté dispuesto a pagar por ella y que sería un buen indicador del valor de la empresa–, es una cuestión que dejamos para otro trabajo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico de los artículos 8 a 18 del Capítulo II (medidas concursales y societarias) del Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia», *La Ley*, n.º 9634, 2020, pp. 1-13 (edición Smarteca).
- BAIRD, D. G. y Jackson, T. H., «Corporate Reorganizations and the Treatment of Diverse Ownership Interests: A Comment on Adequate Protection of Secured Creditors in Bankruptcy», *U. Chi. L. Rev.*, n.º 51, 1984, pp. 97-130.
- BERMEJO, N., *Créditos y quiebra*, Civitas, Madrid, 2002
- BERMEJO, N.; «El apoyo público a la solvencia empresarial y el privilegio del crédito público. O lo que cabe esperar de este privilegio», *ADCo*, n.º 52, 2021, pp. 271-282.
- CAMPUZANO, A. B., «La suspensión de la disolución obligatoria por pérdidas, la solicitud de concurso de acreedores y la comunicación del inicio de negociaciones», *ADCo*, n.º 50, 2020, (versión Preview).
- CASEY, A., “Bankruptcy & Bailouts, Subsidies & Stimulus: The Government Toolset for Responding to Market Distress”, 2021, pp. 1-26, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3783422
- CELENTANI, M. y Gómez Pomar, F., «Concursos y pre-concursos de personas físicas, autónomos y microempresas: déjà vu all over again», *InDret*, n.º 3, 2020, pp. 1-10.
- DIDIER, T., Huneus, F., Larrain, M. y Schmukler, S., “Financing Firms in Hibernation during the COVID-19 Pandemic”, *Cowles Foundation Discussion Paper* n.º 2233R, 2020, pp. 1-29, p. 1, disponible en <https://cowles.yale.edu/sites/default/files/files/pub/d22/d2233-r.pdf>
- EIDENMÜLLER, H. y Paz Valbuena, J., “Towards a Principled Approach for Bailouts of COVID-distressed Critical/Systemic Firms”, *ECGI working paper*, n.º 571/2021, pp. 1-34, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3795942
- FERNÁNDEZ SEJO, J. M., «La desjudicialización de la insolvencia provisional», 21 de marzo de 2021, pp. 1-5, disponible en <https://almacenederecho.org/la-desjudicializacion-de-la-insolvencia-provisional>

- FLORES, M., «El derecho concursal de emergencia como herramienta para la conservación de tejido empresarial», *AFDUAM*, 2021, n.º extraordinario.
- GARCÍA CRUCES, J. A., «Las financiaciones y pagos por terceros», *ADCo*, n.º 50, 2020 (versión Proview).
- GARCIMARTÍN, F., «¿Un Derecho privado especial para el estado de alarma? El ejemplo del concurso», 21 de abril de 2020 (2020 a), pp. 1-12, p. 6, disponible en <https://almacendederecho.org/un-derecho-privado-especial-para-el-estado-de-alarma-el-ejemplo-del-concurso>
- GARCIMARTÍN, F., «Nuevas medidas extraordinarias en materia (pre)concursal: el Real Decreto Ley 16/2020», 18 de mayo de 2020 (2020 b), pp. 1-21, p. 8, disponible en <https://almacendederecho.org/nuevas-medidas-extraordinarias-en-materia-preconcur-sal-el-real-decreto-ley-162020>
- GILSON, S., “Bankruptcy Pandemic”, 28 de mayo de 2020, disponible en <https://hbswk.hbs.edu/item/coronavirus-could-create-a-bankruptcy-pandemic>
- JACKSON, T. H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.
- MADAUS, S. y Arias, F. J., “Emergency COVID-19 Legislation in the Area of Insolvency and Restructuring Law”, *ECFR*, n.º 3, 2020, pp. 318-352.
- MARTÍNEZ SANZ, F., «Modificaciones en la obligación del deudor de solicitar el concurso y en materia de cumplimiento del convenio a causa del Covid-19», *RcP*, n.º 34, 2021, pp. 1-14 (versión Smarteca).
- MILLER, M. y Stiglitz, J., “Bankruptcy Protection against Macroeconomic Shocks: the Case for a ‘Super Chapter 11’”, 1999, disponible en <https://warwick.ac.uk/fac/soc/pais/research/researchcentres/csgr/research/keytopic/global/milrstig.pdf>
- MORRISON E. R.; SAAVEDRA A. C., “Bankruptcy’s Role in the COVID-19 Crisis”, 2020, pp. 1-15, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3567127
- PÉREZ-CRESPO, F., «Los créditos contra la masa», *ADCo*, n.º 50, 2020 (versión Proview).
- PULGAR, J., “Financiación preconcursal interna de empresas en reestructuración: régimen vigente y normas temporales COVID-19”, *RcP*, n.º 34, 2021, pp. 1-35 (versión Smarteca).
- ROJO, A., “El Derecho concursal de emergencia”, *ADCo*, n.º 50, 2020.
- VALENCIA, F., “Administradores en estado de alarma”, *RcP*, n.º 33, 2020, pp. 1-6 (versión Smarteca).
- VAN ZWEITEN, K., Eidenmüller, H. y Sussman, O., “Bail-outs and Bail-ins are better than Bankruptcy: A Comparative Assessment of Public Policy Responses to COVID-19 Distress”, *ECGI working paper n.º 535/2020*, pp. 1-40, disponible en <https://ssrn.com/abstract=3669541>

EL DERECHO CONCURSAL DE EMERGENCIA COMO HERRAMIENTA PARA LA CONSERVACIÓN DE TEJIDO EMPRESARIAL

Marta FLORES SEGURA*

Resumen

Las normas excepcionales aprobadas con la finalidad de paliar los efectos de la crisis derivada del COVID-19 en el ámbito de la insolvencia incluyen una batería de medidas destinadas a evitar la destrucción de empresas viables. El presente trabajo aborda el análisis de estas medidas (cuya delimitación respecto de aquellas tendentes simplemente a evitar declaraciones de concurso no siempre es sencilla) y pone de manifiesto las diversas dificultades interpretativas a las cuales su aplicación ha dado (o puede dar) lugar.

Palabras clave

Insolvencia, COVID-19, convenio concursal, acuerdo de refinanciación, liquidación concursal.

Abstract

The exceptional rules implemented with the aim of mitigating the effects of COVID-19 on insolvency include a set of measures whose purpose is to avoid the destruction of viable companies. This paper purports to analyse said measures (whose delimitation from the ones simply aiming to reduce the number of formal insolvency proceedings is not always easy) and to point out the interpretative difficulties to which its application has (or might) lead.

Keywords

Insolvency, COVID-19, settlement with creditors, refinancing agreement, winding-up.

* Profesora contratada doctora de Derecho Mercantil. Universidad Autónoma de Madrid. marta.flores@uam.es

SUMARIO: I. Introducción. II. Las destinatarias de las medidas: teoría vs. práctica. 1. Delimitación subjetiva. 2. El requisito de la viabilidad. III. El favorecimiento de soluciones convenidas a la crisis. 1. Medidas para favorecer los convenios concursales. A. La novación del convenio concursal. B. La inadmisión a trámite de las solicitudes de declaración de incumplimiento de un convenio. C. La suspensión de la tramitación de las solicitudes de declaración de incumplimiento de un convenio ya admitidas a trámite. D. La mejora del rango de la financiación otorgada por personas especialmente relacionadas con el deudor durante la fase de cumplimiento del convenio. 2. Medidas para favorecer los institutos preconcursales. A. La posibilidad de interpretación extensiva. B. Los acuerdos de refinanciación homologados. C. Los acuerdos extrajudiciales de pagos. 3. Tramitación preferente. IV. La posposición de la liquidación concursal. 1. La suspensión (condicionada) del deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación. 2. La suspensión de la apertura de la fase de liquidación a instancia de los acreedores. V. Las medidas de agilización procesal. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los objetivos en torno a los cuales se articula el Derecho Concursal de Emergencia consiste en evitar la destrucción (en la terminología de la ley, «mantener la continuidad económica») de empresas que pudieran ser viables en circunstancias ordinarias (esto es, fuera de la situación crítica generada por la crisis sanitaria del COVID-19)(1). Tal objetivo se predica no solo de las empresas que, antes de la pandemia, gozaban de una situación financiera estable, sino también de aquellas empresas que, en el momento en el cual se declaró el estado de alarma, se hallaban inmersas en un procedimiento concursal o habían sido objeto de una reciente refinanciación.

Antes de entrar en el estudio de las medidas adoptadas para alcanzar ese fin, deberemos detenernos en una cuestión previa que, sin embargo, resulta absolutamente central a los efectos que aquí importan, a saber: quiénes son las destinatarias efectivas de estas medidas. La cuestión no es sencilla, pues el articulado de la Ley 3/2020 se refiere, sin más, a los «deudores» o a los «concurados», mas su Preámbulo se centra (con desafortunada expresión, por las duplicidades que conlleva) en las «empresas, profesionales y autónomos» que resulten *viables*. Como veremos, surgen aquí importantes escollos que salvar de cara a la acotación del ámbito subjetivo de la normativa de emergencia, pues deberá determinarse: (i) si efectivamente resulta exigible, para que resulten aplicables estas medidas, que las destinatarias sean entidades viables; (ii) qué se entiende por viabilidad; (iii) quién

(1) Véase, en detalle, ROJO, A., «Las opciones de política legislativa en el Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril», *Anuario de Derecho Concursal* n.º 50 (2020), p. 18; MADAUS, S., y WESSELS, B., «COVID-19: Legislación de emergencia en materia de insolvencia y reestructuraciones», La Ley 9009/2020 (versión electrónica); PULGAR, J., «Reestructuración empresarial y alarma Covid-2019: legislación preconcursal y concursal de emergencia», La Ley 3853/2020 (versión electrónica); de la misma autora, «Financiación preconcursal interna de empresas en reestructuración: régimen vigente y normas temporales COVID-19», La Ley 84/2021 (versión electrónica); COHEN BENCHETRIT, A., «La venta de la unidad productiva en el nuevo escenario concursal», La Ley 8516/2020.

ha de pronunciarse sobre la misma; y (iv) quién ha de sufragar los costes derivados de la determinación de tal viabilidad (pues, no nos engañemos, el averiguar si una empresa es viable no resulta una tarea sencilla ni barata).

La conservación de la continuidad económica de las empresas pretende evitar la destrucción del tejido empresarial y la consiguiente pérdida de puestos de trabajo. El objetivo de conservación empresarial pretende lograrse, a su vez, por varias vías distintas: evitando que empresas viables se vean abocadas al concurso; salvaguardando e incentivando las soluciones convenidas (contractuales) a la crisis, en el bien entendido de que la liquidación debe ser el último recurso; potenciando el acceso a financiación de las empresas en crisis; y, en último lugar (de forma ciertamente accesorio), mediante la adopción de ciertas medidas de agilización procesal.

Así, no solo se ha suspendido –temporalmente– el deber de solicitar el concurso (art. 6 Ley 3/2020) (2), sino que –también temporalmente– (i) se permiten las novaciones de convenios (art. 3 Ley 3/2020), de acuerdos de refinanciación y de acuerdos extrajudiciales de pagos (arts. 5.1 y 3.5 Ley 3/2020, respectivamente); (ii) se ha aplazado la apertura de la liquidación por imposibilidad de cumplir un convenio aprobado previamente (art. 4 Ley 3/2020); (iii) se ha suspendido la tramitación de las declaraciones de incumplimiento de acuerdos de refinanciación (art. 5.2 Ley 3/2020), de convenios (art. 3.2 y 3 Ley 3/2020) y de acuerdos extrajudiciales de pagos (art. 3.5 Ley 3/2020); (iv) se ha potenciado la financiación de las empresas en crisis, en particular mediante la atracción de fondos provenientes de personas especialmente relacionadas, para paliar, en la medida de lo posible, las dificultades de acceso a fuentes de financiación externa (3). Para ello, se ha suprimido temporalmente la automática subordinación de los ingresos de tesorería que, en concepto de préstamos, créditos u otros negocios de análoga naturaleza, hayan concedido al deudor las personas especialmente relacionadas con él. Esta medida se aplica tanto al dinero nuevo aportado en fase de cumplimiento del convenio (que tendrá la consideración de crédito contra la masa, art. 4.3 Ley 3/2020), como al dinero nuevo aportado antes de la declaración de concurso (que tendrá la consideración de crédito ordinario, art. 7 Ley 3/2020) (4); y (v) se ha eliminado la restricción que impedía a los deudores alcanzar un nuevo acuerdo de refinanciación con sus acreedores si no había transcurrido, al menos, un año (art. 5.1 Ley 3/2020). A todo ello se suma la adopción de una batería de medidas heterogéneas de agilización procesal, con la finalidad no solo de evitar el temido colapso de los juzgados mercantiles, sino también la aceleración de la tramitación de los procedimientos concursales con la finalidad de que más empresas lleguen «vivas» a su conclusión, en el bien entendido

(2) En relación con la suspensión del deber de solicitar el concurso, véase VALENCIA, F., «Administradores en estado de alarma», La Ley 8518/2020 (versión electrónica); ALCOVER, G., «Aproximación al régimen jurídico de los artículos 8 a 18 del Capítulo II (medidas concursales y societarias) del Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia», La Ley 5149/2020 (versión electrónica); DE LA MORENA, G. y DE LA MORENA, A., «COVID-19 y concurso de acreedores», La Ley 8517/2020 (versión electrónica).

(3) En relación con la necesidad de atender (tanto de forma pública como de forma privada) a las necesidades de financiación, véase el trabajo de BERMEJO, N., «¿Un Derecho concursal de emergencia para hacer frente a una pandemia concursal?», en esta misma obra.

(4) Una explicación detallada puede encontrarse en PULGAR, J., «Financiación preconcursal interna de empresas en reestructuración: régimen vigente y normas temporales COVID-19», La Ley 84/2021 (versión electrónica).

de que la supervivencia de la empresa a la tramitación del correspondiente concurso deviene más improbable cuanto más se prolonga el procedimiento (por la depreciación y obsolescencia de los activos, por costes reputacionales, por la acumulación de créditos contra la masa, etc.).

De todas las medidas anteriores, algunas tienen por finalidad específica evitar la declaración del concurso del deudor (bajo la premisa –técnicamente incorrecta pero tristemente cierta en la práctica– de que tal declaración, normalmente, no preserva la continuidad empresarial), mientras que otras actúan incluso cuando el concurso ya ha sido declarado y aspiran, en términos más amplios, a conservar tejido empresarial viable. En el presente trabajo se abordan las medidas cuya disección permite encuadrarlas como tendentes a la conservación de empresas, si bien debe advertirse al lector de que, en la mayoría de los casos, las medidas encaminadas a evitar declaraciones de concurso también aspiran (o, como mínimo, coadyuvan) a dicha finalidad. En consecuencia, la lectura de estas páginas debe ir necesariamente acompañada de la lectura del otro trabajo sobre la materia que se publica en esta misma obra (5).

Finalmente, téngase en cuenta que este trabajo omite deliberadamente (pues será objeto de estudio separado) la suspensión de la obligación de disolver la sociedad por pérdidas graves (art. 13 Ley 3/2020). Se trata de una medida de naturaleza societaria (no específicamente concursal ni preconcursal) también tendente a la conservación de tejido productivo, en el bien entendido de que pretende evitar la disolución (y consiguiente liquidación y extinción) de sociedades por pérdidas coyunturales derivadas de la pandemia.

II. LAS DESTINATARIAS DE LAS MEDIDAS: TEORÍA VS. PRÁCTICA

1. DELIMITACIÓN SUBJETIVA

El articulado de la Ley 3/2020 (arts. 3 a 12) simplemente alude, como beneficiarios de las medidas concursales allí contempladas, a los «deudores» o los «concurados», sin añadir requisito material alguno. Sin embargo, su preámbulo no ofrece lugar a dudas cuando acota las destinatarias de las medidas tendentes a evitar la destrucción de tejido productivo, refiriéndose a las mismas como aquellas «empresas, profesionales y autónomos» (6) que resulten «viables en condiciones

(5) Véase, en efecto, el trabajo de BERMEJO, N., «¿Un Derecho concursal de emergencia para hacer frente a una pandemia concursal?», en esta misma obra.

(6) Se trata, como antes anunciábamos, de una delimitación subjetiva mejorable técnicamente, por los motivos que sucintamente se especifican a continuación: en primer lugar, desde una perspectiva jurídica, el sujeto no es la empresa, sino el empresario titular de la misma. En efecto, la empresa (en sentido objetivo) suele aludir al conjunto organizado de factores productivos que el empresario destina al desarrollo de su actividad. En segundo lugar, los autónomos (en terminología laboral) no son sino empresarios individuales (en terminología mercantil). Y, en tercer lugar, los profesionales, en la interpretación amplia que acoge la moderna doctrina mercantilista, son también empresarios (a pesar de la tradicional exclusión contenida en el Código de Comercio). Sobre estas históricas y tradicionales exclusiones, DE LA CÁMARA, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid [Centro de Estudios Tributarios], 1972, pp. 48 y ss.; GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid [Revista de Derecho

generales de mercado». Surge así una primera duda, consistente en si efectivamente puede exigirse la concurrencia de la viabilidad para que resulten aplicables las medidas concursales contenidas en la Ley 3/2020, a pesar de que dicha viabilidad no aparezca expresamente mencionada en su articulado (pero figure como rotundo requisito en el Preámbulo). Al respecto, y a pesar de la carencia de valor normativo de este último (7), consideramos que el papel fundamental que el mismo ostenta a nivel interpretativo determina que las antedichas medidas únicamente tengan sentido si se aplican a empresarios viables. Teleológicamente, es la única interpretación que tiene sentido, pues lo contrario conduciría al absurdo resultado de mantener artificialmente «vivas» a empresas inviables.

2. EL REQUISITO DE LA VIABILIDAD

El Preámbulo de la Ley 3/2020 (también el del Real Decreto Ley 16/2020) se refiere en varias ocasiones a la viabilidad de las empresas destinatarias de estas medidas, definiéndolas como «aquellas empresas que puedan ser viables en condiciones generales de mercado (valor en funcionamiento superior al valor de liquidación)». Este requisito, de enunciación aparentemente sencilla, encierra en realidad multitud de interrogantes de difícil solución.

En primer lugar, se refiere a un futurible, pues la viabilidad se define como una potencialidad («empresas que *puedan ser viables*», no que efectivamente lo sean). En segundo lugar, las «condiciones generales de mercado» tampoco resultan fáciles de acotar, pues pueden referirse (i) a unas condiciones de mercado abstractas e ideales; (ii) a las condiciones de mercado que existían antes de la pandemia; (iii) a las condiciones de mercado que existen actualmente, esto es, las generadas por la pandemia. A pesar de las múltiples opciones existentes, a nuestro juicio la solución es evidente: la viabilidad debe examinarse a la luz de las circunstancias concurrentes en la actualidad, esto es, en el contexto de la pandemia. Los motivos se dejan aprehender con facilidad: de nada servirá conservar empresas que, por muy viables que fueran antes de la pandemia (o que pudieran serlo en abstracto), no lo sean en el contexto actual. Ello afectará con mayor intensidad, como es obvio, a los empresarios cuya actividad haya resultado direc-

Mercantil], 1947, tomo I, volumen I, p. 361; RUBIO, J., *Introducción al Derecho Mercantil*, Barcelona [Nauta], 1969, pp. 550 y ss.; ROJO, A., «El empresario (I): concepto, clases y responsabilidad», en Uría-Menéndez (dirs.): *Curso de Derecho mercantil*, 2.ª ed., Cizur Menor [Thomson-Civitas], 2007, pp. 72 y ss. Las razones que suelen esgrimirse para justificar la exclusión de los agricultores y de los ganaderos es la propia estructura y la función de esta actividad, que tradicionalmente se destinaba a la propia subsistencia y no tanto al mercado. Por su parte, la razón de la exclusión de la actividad artesanal suele ligarse a la modesta dimensión del negocio y al propio modo de producir las mercancías. Por último, la no condición de empresario de las personas dedicadas al ejercicio de una profesión liberal (abogados, médicos, ingenieros, arquitectos) o artística (pintores, escultores, músicos, escritores, etc.) se hace depender de que, en estos casos, tradicionalmente no se producía una organización de recursos (como exige la actividad empresarial).

Por todo lo anterior, hubiera sido más sencillo configurar como destinatarios de las medidas anteriores a los empresarios de cualquier tipo (personas físicas o jurídicas), de cualquier tamaño y pertenecientes a cualquier sector (pues no se hace distinción alguna en este sentido).

(7) Véanse las Sentencias del Tribunal Constitucional 36/1981, de 12 de noviembre; 150/1990, de 4 de octubre; y 90/2009, de 20 de abril, entre muchas otras.

tamente afectada por las restricciones impuestas como consecuencia de la actual situación sanitaria y cuya duración, desgraciadamente, todavía resulta desconocida (v. gr. la hostelería, la restauración, el ocio nocturno, etc.). En tercer lugar, la ley especifica una definición (mejorable) de las empresas viables, pues entiende por tales aquellas cuyo valor en funcionamiento (*going concern value*) sea superior al valor de liquidación (*winding-up value*).

En relación con este último punto, son varias las observaciones que pueden hacerse. Por un lado, los conceptos de «valor en funcionamiento» y «valor de liquidación» no son necesariamente antagónicos, pues bien puede enajenarse la empresa en funcionamiento. En segundo lugar, si la referencia ha de entenderse realizada a la liquidación fragmentada (enajenación de elementos aislados), entonces el requisito deviene prácticamente fútil, puesto que difícilmente existirá una empresa cuyo valor en funcionamiento sea inferior al valor de liquidación fragmentada. En tercer lugar, el contenido de la viabilidad empresarial bien podría extraerse de la normativa vigente, a saber, del Derecho Concursal ordinario, que se refiere a la exigencia de viabilidad en materia de acuerdos de refinanciación, y que es unánimemente entendida como la continuidad de la actividad a corto y medio plazo (8).

Una cuestión de gran trascendencia y que, sin embargo, no está clara, es si deben aplicarse las prerrogativas contempladas en las normas concursales de emergencia también a aquellas empresas que ya venían experimentando dificultades antes (y al margen de) la crisis ocasionada por el COVID-19. No se trata de una cuestión baladí, pues ello puede tener repercusión en sede de calificación del concurso. Podría pensarse que, en la delicada situación económica actual provocada por la crisis sanitaria, todos los concursos que se declaren en los meses venideros serán calificados como fortuitos, en el bien entendido de que las dificultades financieras no habrían sido causadas dolosa o culposamente por los deudores, sino que obedecerían, en última instancia, a la propia pandemia. Sin embargo, por mucho que la afirmación anterior encierre una verdad relativa (pues, no nos engañemos, la crisis sanitaria será la causa directa de la mayor parte de las insolvencias actuales o

(8) En efecto, la construcción de los acuerdos de refinanciación pivota en torno a un principio esencial: la idoneidad de las medidas contenidas en los mismos para la viabilidad empresarial. Estas medidas deben permitir la continuidad de la actividad empresarial y profesional en el corto y medio plazo. No faltan voces críticas con la indeterminación de la norma: *vid.*, en este sentido, las reflexiones de YÁÑEZ, J. y NIETO, C., «Refinanciaciones: rescisión y extensión de efectos», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 32 (2014), p. 175. También se ha señalado que el requisito de la continuación de la actividad empresarial debe interpretarse de modo flexible, de modo que puede ocurrir que no sea la misma actividad la que continúa, o que tal continuación se produzca solo de manera parcial (por ejemplo, si como consecuencia del acuerdo se produce el cierre de determinadas líneas de negocio que eran deficitarias). También sobre estas cuestiones, GARCÍA MARRERO, J., «Los acuerdos de refinanciación», en Prendes-Muñoz Paredes (dirs.), *Tratado judicial de la insolvencia*, Cizur Menor [Thomson Reuters-Aranzadi], 2012, p. 314; PULGAR, J., *Preconcuralidad y reestructuración empresarial. Acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos*, Madrid, 2.ª ed., [La Ley-Wolters Kluwer], 2016, pp. 286 y ss.; ENCISO, M., «El plan de viabilidad en el ámbito de los acuerdos de refinanciación», en Arias Varona (dir.), *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos y económicos*, monografía n.º 17 de la *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Madrid [La Ley], 2013, pp. 111 y ss.; AZOFRA, F., *La homologación judicial de acuerdos de refinanciación*, Madrid [Reus], 2016, pp. 56 y ss.

que están por venir), los empresarios no deberían bajar la guardia en lo que a la culpabilidad del concurso se refiere (9).

III. EL FAVORECIMIENTO DE SOLUCIONES CONVENIDAS A LA CRISIS

La primera batería de medidas que analizaremos aquí son las encaminadas a favorecer las soluciones convenidas a la crisis, en el bien entendido de que tales soluciones son las que preservan la continuidad de la actividad empresarial. Estas medidas van acompañadas de otras que procuran posponer la liquidación concursal (y que serán objeto de análisis en el epígrafe siguiente), bajo la asunción de que dicha liquidación implica necesariamente una pérdida de valor e, incluso, la destrucción de la continuidad empresarial.

No podemos dejar de señalar que, si bien todas estas medidas resultan ciertamente loables, parecen partir de la (errónea) asimilación (i) de la liquidación concursal con la destrucción empresarial y (ii) del convenio con su mantenimiento. Sin embargo, tales equiparaciones (que resultaban plenamente válidas con arreglo a versiones anteriores de nuestra normativa concursal) han quedado obsoletas, dado que: (i) hoy en día, la liquidación concursal no implica necesariamente la destrucción de la empresa titularidad del deudor concursado, pues es perfectamente posible que, en el seno del concurso y, más específicamente, de la liquidación, se enajene la empresa como un todo, sin cese de la actividad (arts. 215 a 225 TRLC) (10); (ii) de igual modo, el convenio no asegura la conservación de la actividad empresarial (con la excepción del convenio con asunción, art. 324 TRLC, que únicamente exige un compromiso durante el tiempo mínimo que se establezca en la propuesta). En otras palabras, resulta teóricamente factible la aprobación de un convenio sin el mantenimiento de la actividad empresarial del deudor (aunque ello planteará, evidentemente, dificultades en cuanto a la obtención de los fondos necesarios para cumplir el correspondiente convenio). Y tampoco es necesariamente cierto (por mucho que, en la mayoría de los casos, exista una correlación –pero no una relación de causalidad–) entre la apertura de la fase de liquidación y la destrucción de tejido productivo y de puestos de trabajo.

Por otra parte, como se ha puesto acertadamente de manifiesto, esta línea de política legislativa se ha concebido con un alcance muy limitado: (i) en primer lugar, porque ni se facilita el convenio, ni se reducen los requisitos para negociar y

(9) A modo de ejemplo, recuérdese que, con arreglo al Derecho Concursal ordinario, el retraso en la solicitud de declaración de concurso permite presumir la existencia de un concurso culpable (art. 444.1 TRLC), motivo por el cual es especialmente importante una actuación temprana y resolutive por parte de los deudores. Ahora bien, surge la duda de si la suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso (hasta el 31 de diciembre de 2021) sanará o no cualesquiera retrasos que puedan producirse en relación con el deber de solicitar la declaración de concurso. Si se demuestra que la insolvencia fue anterior a la crisis sanitaria, existe el riesgo de que, a pesar de la suspensión de este deber, el concurso se califique como culpable sobre la base de un retraso en su cumplimiento.

(10) Recientemente, aludiendo también al novedoso mecanismo del *prepack*, véase el trabajo de HURTADO IGLESIAS, S., «Breves reflexiones sobre reformas concursales de emergencia. La urgencia en la enajenación de unidades productivas», La Ley 750/2021 (versión electrónica).

alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o un acuerdo de refinanciación (en otras palabras, se trata de conservar las soluciones en curso, mas no de potenciar aquellas que todavía no se hayan puesto en marcha); (ii) en segundo lugar, porque los límites institucionales permanecen (por ejemplo, un deudor que se encuentre en periodo de cumplimiento del convenio no podrá intentar negociar con los acreedores o con algunos de ellos para alcanzar un acuerdo de refinanciación, ya que, en el sistema concursal español, el concursado convenido sigue estando en concurso de acreedores)(11).

1. MEDIDAS PARA FAVORECER LOS CONVENIOS CONCURSALES

Son las siguientes: (i) la posibilidad de modificar un convenio concursal ya aprobado y que se encuentre en periodo de cumplimiento (art. 3.1 Ley 3/2020); (ii) la inadmisión a trámite de las solicitudes de declaración de incumplimiento de un convenio que presenten los acreedores (art. 3.2 y 3.3 Ley 3/2020); (iii) la suspensión de la tramitación de las ya admitidas a trámite (art. 3.4 Ley 3/2020) (12); y (iv) la mejora del rango crediticio de la financiación otorgada por personas especialmente relacionadas con el deudor durante la fase de cumplimiento del convenio (art. 4.3 Ley 3/2020).

A. La novación del convenio concursal

La posibilidad de modificar el convenio concursal (el llamado «reconvenio»)(13) se limita temporal y subjetivamente, pero no objetivamente. En efecto, la modificación viene acotada temporalmente, pues únicamente puede solicitarse hasta el 31 de diciembre de 2021. Desde un punto de vista *subjetivo*, la legitimación activa para solicitar la modificación se atribuye en exclusiva al deudor, a diferencia de lo que ocurre (en las normas concursales ordinarias) para presentar propuestas de convenio (art. 315 TRLC, que también atribuye legitimación a los acreedores cuyos

(11) Lo señala ROJO, A., «Las opciones de política legislativa en el Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril», *Anuario de Derecho Concursal* n.º 50 (2020), p. 25.

(12) Interesa poner de manifiesto que semejantes normas estaban ausentes en el Real Decreto Ley 8/2020, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid 19; ausencia acertadamente criticada por la doctrina y posteriormente corregida. Véase, por ejemplo, GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «Incumplimiento de convenio concursal y Estado de Alarma», La Ley 3903/2020 (versión electrónica).

(13) La posibilidad de modificar el convenio concursal no resulta una completa desconocida en el Ordenamiento jurídico español, pues vino contemplada (también temporalmente) en la disposición transitoria 3.ª del Real Decreto Ley 11/2014 (y que estuvo en vigor hasta el 27 de mayo de 2017). Un análisis detallado de las diferencias entre el «reconvenio de 2014» y el «reconvenio de la pandemia» puede encontrarse en MARTÍNEZ SANZ, F., «Modificaciones en la obligación del deudor de solicitar el concurso y en materia de cumplimiento del convenio a causa del COVID-19», La Ley 109/2021 (versión electrónica). Como advierte, ROJO, A., «Las opciones de política legislativa en el Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril», *Anuario de Derecho Concursal* n.º 50 (2020), nota al pie 5, los autores del Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, estuvieron a punto de caer en la tentación de «resucitar» esa disposición a la hora de establecer el régimen de la novación. La advertencia de los muchos problemas que planteó la interpretación de aquella norma transitoria impidió tal «resurrección».

créditos superen una quinta parte de la masa pasiva)(14). Sin embargo, desde una perspectiva *objetiva*, la modificación del convenio puede afectar (aparentemente) a cualquier aspecto de su contenido, sin que se establezcan más límites que las prohibiciones generales (art. 318 TRLC).

En cuanto a los requisitos formales, en prácticamente nada difieren de los que ordinariamente se exigen para la aprobación originaria del convenio (se impone, eso sí, la tramitación escrita cualquiera que sea el número de acreedores). Las mayorías del pasivo exigibles para la aceptación de la propuesta de modificación son las mismas que las exigidas para la aceptación del convenio originario, y se exige igualmente el acompañamiento de un plan de viabilidad (art. 332 TRLC) y de un plan de pagos (art. 331 TRLC), así como una relación de los créditos concursales que estuvieran pendientes de pago y de aquellos que, habiendo sido contraídos durante el período de cumplimiento del convenio, no hubieran sido satisfechos.

La principal objeción que puede hacerse a la posibilidad de novar los convenios concursales es que, al someter dicha novación a las reglas ordinarias de aprobación del convenio, la misma no solo deviene un mecanismo poco ágil (ya que, mientras se tramita la novación, es posible que aumente la presión sobre el deudor y que el convenio se vea incumplido), sino que el legislador de emergencia no parece haber tenido en cuenta que, con la aprobación del convenio originario, cesó la administración concursal, lo cual ciertamente dificulta (si no imposibilita) la tramitación de la modificación del convenio (15), pues sería necesaria (aunque la Ley no la prevé) la reposición o rehabilitación de la administración concursal para proceder a dicha modificación (16).

Por último, surge aquí la duda de si se podrían modificar no solo los convenios previamente aprobados judicialmente, sino también las *propuestas de convenio* que, habiendo sido presentadas antes del inicio del estado de alarma, se encuentren en tramitación. Si bien una interpretación literal de la norma se opone a esa posibilidad (pues no estaríamos propiamente ante un convenio que se encuentre «en período de cumplimiento»), existen argumentos a favor de su admisibilidad, como el principio del *favor convenii* (17) o la aplicación (ciertamente discutible) de la doctrina *rebus sic stantibus* (18).

(14) Sin embargo, en las normas concursales ordinarias, la legitimación para presentar propuesta anticipada de convenio queda igualmente restringida a los deudores (art. 333 TRLC).

(15) ALCOVER, G., «Aproximación al régimen jurídico de los artículos 8 a 18 del Capítulo II (medidas concursales y societarias) del Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia», La Ley 5149/2020 (versión electrónica).

(16) Véase DE LA MORENA, G. y DE LA MORENA, A., «COVID-19 y concurso de acreedores», La Ley 8517/2020 (versión electrónica). En contra de la posibilidad de reponer a la administración concursal, MARTÍNEZ SANZ, F., «Modificaciones en la obligación del deudor de solicitar el concurso y en materia de cumplimiento del convenio a causa del COVID-19», La Ley 109/2021 (versión electrónica).

(17) MARTÍNEZ SANZ, F., «Modificaciones en la obligación del deudor de solicitar el concurso y en materia de cumplimiento del convenio a causa del COVID-19», La Ley 109/2021 (versión electrónica).

(18) Además, como señalan acertadamente DE LA MORENA, G. y DE LA MORENA, A., «COVID-19 y concurso de acreedores», La Ley 8517/2020 (versión electrónica), la opción contraria carecería de toda lógica, pues entonces la norma especial ampararía la aprobación de la propuesta de convenio e inmediatamente después su modificación.

B. La inadmisión a trámite de las solicitudes de declaración de incumplimiento de un convenio

La segunda medida conservativa de convenios concursales es la inadmisión a trámite de las solicitudes de incumplimiento que puedan presentar los acreedores (19). Se trata, al igual que la anterior, de una medida acotada temporalmente, pues se refiere a las solicitudes que presenten los acreedores hasta el 30 de septiembre de 2021 (por la combinación de los apartados 2 y 3 del artículo 3 Ley 3/2020). La admisión a trámite no se producirá en tanto no transcurran tres meses a contar desde dicha fecha. La ley establece de forma expresa que, durante esos tres meses, el deudor podrá presentar propuesta de modificación del convenio, previéndose entonces la tramitación preferente de la solicitud de novación del convenio sobre la solicitud de declaración de incumplimiento del mismo. Esos tres meses de prórroga adicional expirarían el 31 de diciembre de 2021.

C. La suspensión de la tramitación de las solicitudes de declaración de incumplimiento de un convenio ya admitidas a trámite

La inadmisión a trámite de las solicitudes de declaración de incumplimiento del convenio se ve acompañada por una medida adicional, consistente en la suspensión de la tramitación de aquellas solicitudes que se hubiesen presentado entre el 31 de enero de 2021 y la entrada en vigor del Real Decreto Ley 5/2021 (que vino a ampliar temporalmente algunas de las medidas contempladas en la Ley 3/2020). Se trata de una norma de cierre para neutralizar aquellas solicitudes que, en atención al momento en el cual se presentaron, ya hubiesen sido admitidas a trámite (pero cuya tramitación, por los motivos expuestos en las páginas anteriores, conviene suspender). La suspensión de la tramitación está prevista hasta el 31 de diciembre de 2021.

D. La mejora del rango de la financiación otorgada por personas especialmente relacionadas con el deudor durante la fase de cumplimiento del convenio

Como última medida encaminada a preservar los convenios aprobados y en fase de cumplimiento, la normativa concursal de emergencia eleva el rango crediticio de la financiación concedida durante dicha fase por personas especialmente relacionadas con el deudor (art. 4.3 Ley 3/2020). Así, a diferencia de la regla general (que contiene una excepción en este sentido, véase el art. 242.14.º TRLC), el dinero nuevo («ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos u otros negocios de análoga naturaleza que se hubieran concedido al concursado o derivados de garantías personales o reales constituidas a favor de este») se calificará como crédito contra la masa. La mejora del rango crediticio exige, únicamente, el cumplimiento de dos condiciones: por un lado, que en el convenio (o en su modificación) conste la identidad

(19) Al respecto, ALCOVER, G., «Aproximación al régimen jurídico de los artículos 8 a 18 del Capítulo II (medidas concursales y societarias) del Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia», La Ley 5149/2020 (versión electrónica).

del obligado, y, por otro, que conste asimismo la cuantía máxima de la financiación a conceder o de la garantía a constituir.

2. MEDIDAS PARA FAVORECER LOS INSTITUTOS PRECONCURSALES

Medidas prácticamente idénticas se prevén para los acuerdos de refinanciación homologados y para los acuerdos extrajudiciales de pagos, si bien la sistemática legal resulta subóptima, ya que la modificación (e inadmisión a trámite de las solicitudes de declaración de incumplimiento) de los acuerdos extrajudiciales de pagos se han ubicado junto a las medidas relativas a los convenios concursales (véase el art. 3.5 Ley 3/2020), mientras que las medidas relativas a los acuerdos de refinanciación homologados cuentan con su propio precepto (art. 5 Ley 3/2020). No se establecen medidas ni en cuanto a la preservación de acuerdos de refinanciación colectivos (arts. 597 y ss. TRLC) ni en cuanto a la preservación de acuerdos de refinanciación singulares (arts. 604 y ss. TRLC).

A. La posibilidad de interpretación extensiva

La primera pregunta que debe hacerse, pues, es si cabría una aplicación analógica al resto de los institutos concursales. A nuestro juicio, la misma no debería descartarse por los motivos siguientes: en primer lugar, las consecuencias del incumplimiento de un acuerdo homologado son esencialmente las mismas que en caso de incumplimiento de un acuerdo no homologado (colectivo o singular), dado que la declaración de incumplimiento no solo supone su resolución y la desaparición de los efectos sobre los créditos, sino que también abre la puerta a las solicitudes de declaración de concurso necesario y a las ejecuciones singulares (art. 629 TRLC) (20). En consecuencia, puede inferirse que, si el legislador de emergencia ha deseado impedir las declaraciones de incumplimiento de acuerdos homologados, también desea impedir las declaraciones de incumplimiento de acuerdos no homologados. En segundo lugar, la esencia de las medidas relativas a los institutos concursales coincide tanto en el caso de los acuerdos homologados (art. 5 Ley 3/2020) como en el caso de los acuerdos extrajudiciales de pagos (art. 3.5 Ley 3/2020), de ahí que quepa inferir su aplicación también al resto de acuerdos concursales. En tercer lugar, desde un punto de vista programático, si se trata de preservar soluciones convenidas a la crisis, entonces deberían preservarse todas por igual, en la medida en que cualquier tipo de acuerdo coadyuva (en principio) a evitar el concurso.

No obstante, también existen argumentos contrarios a la aplicación analógica de lo previsto para los acuerdos homologados y los acuerdos extrajudiciales de pagos a los acuerdos colectivos y bilaterales (21). En primer lugar, se opone a ello el argumento literal, pues las referencias que pueden encontrarse en la Ley 3/2020

(20) Con la salvedad de que las ejecuciones de garantías reales no podrán iniciarse si en el acuerdo de refinanciación se hubiese pactado, para el caso de incumplimiento, la extinción de las garantías preexistentes o de las constituidas en ejecución de ese acuerdo (art. 629.3 TRLC).

(21) Defienden una interpretación restrictiva DE LA MORENA, G. y DE LA MORENA, A., «COVID-19 y concurso de acreedores», La Ley 8517/2020 (versión electrónica).

son claramente a los acuerdos homologados y extrajudiciales de pagos. En segundo lugar, puede entenderse que las medidas conservativas previstas para los acuerdos homologados y extrajudiciales de pagos lo son porque, en el perfeccionamiento de este tipo de acuerdos, existe un cierto grado de supervisión (del juez del concurso, en el caso de los acuerdos homologados, y del mediador concursal, en el caso de los extrajudiciales de pagos). Esa supervisión sería, con arreglo a esta postura, el factor diferencial que justificaría un trato distinto.

B. Los acuerdos de refinanciación homologados

Como antes decíamos, las medidas para las soluciones convenidas preconcursoales son prácticamente idénticas a las relativas al convenio concursal. Así, se contempla (i) la posibilidad de modificar un acuerdo en vigor; (ii) la inadmisión a trámite de las solicitudes de declaración de incumplimiento.

Las particularidades de los acuerdos homologados son: en primer lugar, que no solamente se permite su novación modificativa, sino que también se permite alcanzar un nuevo acuerdo aunque no haya transcurrido el plazo de un año desde la anterior modificación (art. 5.1 Ley 3/2020 en relación con el art. 617 TRLC) (22); y, en segundo lugar, que, en caso de solicitud de declaración de incumplimiento presentada por un acreedor, se concede al deudor el plazo de *un mes* (no de tres) para poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de concurso que ha iniciado o pretende iniciar negociaciones con acreedores para modificar el acuerdo que tuviera en vigor homologado o para alcanzar otro nuevo (aunque no hubiera transcurrido un año desde la anterior solicitud de homologación, art. 5.2 Ley 3/2020).

C. Los acuerdos extrajudiciales de pagos

Lo previsto para los acuerdos extrajudiciales de pagos, es, literalmente, idéntico a lo contemplado para los convenios concursales. En efecto, por una (criticable) decisión de sistemática normativa, el régimen de emergencia para los acuerdos extrajudiciales de pagos está ubicado en un epígrafe del artículo relativo a los convenios (art. 3.5 Ley 3/2020), que se limita a afirmar que «las mismas reglas serán de aplicación a los acuerdos extrajudiciales de pagos». Decimos que la ubicación es criticable porque mucho más lógico hubiera sido que los acuerdos extrajudiciales de pago compartieran no solo precepto, sino también régimen, con otro instituto preconcursoal (a saber, los acuerdos homologados, art. 5 Ley 3/2020) (23).

Por lo demás, en cuanto al contenido del régimen de emergencia, nos remitimos a lo expuesto en relación con el convenio concursal (véase *supra*).

(22) Sobre la interdicción ordinaria de homologar un nuevo acuerdo si no ha transcurrido, al menos, un año, véase, por ejemplo, CERVERA, M., «El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 33 (2014), p. 122; SENÉS, C., «La homologación de los acuerdos de refinanciación», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 30 (2013), pp. 52 y 53.

(23) Véase también FIDALGO GALLARDO, C., «Hacia la necesaria reforma del mecanismo de segunda oportunidad. Los ajustes en la regulación del acuerdo extrajudicial de pagos introducidos por la legislación de urgencia COVID-19», La Ley 9695/2020 (versión electrónica).

3. TRAMITACIÓN PREFERENTE

Las medidas anteriores se ven acompañadas (y su eficacia reforzada) por la simultánea adopción de ciertas medidas de agilización procesal, entre las cuales destaca la tramitación preferente: (i) de las propuestas de convenio o de modificación de los que estuvieran en periodo de cumplimiento, así como los incidentes de oposición a la aprobación judicial del convenio (art. 9[c] Ley 3/2020); y (ii) de la admisión a trámite de la solicitud de homologación de un acuerdo de refinanciación o de la modificación del que ya estuviera vigente (art. 9[e] Ley 3/2020).

IV. LA POSPOSICIÓN DE LA LIQUIDACIÓN CONCURSAL

Habida cuenta de que las soluciones convenidas y la solución liquidataria son antagónicas, el legislador de emergencia ha compaginado las medidas favorecedoras de las primeras con medidas tendentes a evitar la segunda. La racionalidad subyacente ya la hemos apuntado en las primeras páginas de este trabajo, y radica fundamentalmente en la creencia (corroborada por la práctica, pero técnicamente imprecisa) de que la liquidación necesariamente acarrea grandes pérdidas de valor y suele determinar el cese en la actividad, circunstancias que efectivamente son habituales pero que no tendrían por qué, dado que se permite la enajenación de unidades productivas en funcionamiento incluso durante la fase común.

1. LA SUSPENSIÓN (CONDICIONADA) DEL DEBER DE SOLICITAR LA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN

El Derecho Concursal de emergencia se ocupa de posponer la apertura de la liquidación concursal únicamente cuando el deudor haya alcanzado previamente un convenio con sus acreedores y el mismo haya sido aprobado judicialmente (24). En otras palabras, la liquidación concursal no se demora en todos los casos, sino simplemente cuando ello coadyuve a preservar un convenio. En este sentido, la Ley 3/2020 contiene una *excepción* a la regla que impone al deudor el deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación tan pronto conozca la imposibilidad de cumplir con los pagos comprometidos en el convenio y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél (art. 407.1 TRLC). Sin embargo, se trata de una excepción *condicionada*. Así, hasta el 31 de diciembre de 2021 (inclusive), el deudor no está sujeto a la anterior obligación siempre y cuando presente una propuesta de modificación del convenio (con arreglo al art. 3.1 Ley 3/2020) y esta se admita a trámite dentro de dicho plazo.

La condición a la cual se somete la suspensión del deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación merece una alabanza y una crítica. La alabanza procede en

(24) Al respecto, MARTÍNEZ SANZ, F., «Modificaciones en la obligación del deudor de solicitar el concurso y en materia de cumplimiento del convenio a causa del COVID-19», La Ley 109/2021 (versión electrónica).

relación con la exigencia de que se exija la iniciativa de modificar el convenio, pues de lo contrario podrían darse situaciones de incumplimiento del convenio sin apertura de la fase de liquidación y sin la adopción de medidas conducentes a la conservación de aquél. Sin embargo, a nuestro juicio no resulta acertada la exigencia de que, dentro del plazo legalmente conferido a tal efecto, deba no solo presentarse una propuesta de modificación del convenio (cuya elaboración y presentación quedan bajo el control directo del deudor), sino también su admisión a trámite (pues dicha admisión escapa completamente al control del deudor, ya que deriva del ritmo propio de cada juzgado y, por consiguiente, es impredecible). Piénsese, en efecto, que, bajo la configuración dada a esta medida por el legislador de emergencia, resulta perfectamente imaginable que un deudor diligente, conocedor con suficiente anticipación de su incapacidad para hacer frente a los compromisos asumidos en el convenio, presente una propuesta de modificación del mismo en septiembre de 2021 (e incluso antes), mas dicha propuesta no sea admitida a trámite antes de que expire el plazo fijado en la norma. No parece razonable privar a este tipo de deudores del beneficio de la suspensión de la apertura de la fase de liquidación simplemente por causas que escapan a su control (como el ritmo de un juzgado, que a su vez depende de numerosas variables completamente ajenas a los deudores)(25).

2. LA SUSPENSIÓN DE LA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN A INSTANCIA DE LOS ACREEDORES

El Derecho Concursal ordinario faculta a los acreedores para solicitar la apertura de la liquidación durante la vigencia del convenio, siempre y cuando acrediten la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar la declaración de concurso (art. 407.2 en relación con el art. 2.4 TRLC). Pues bien, el legislador de emergencia ha dejado temporalmente sin efecto la medida anterior, ya que contempla que, también hasta el 31 de diciembre de 2021, si bien los acreedores pueden continuar notificando al juzgado la existencia de estos hechos externos reveladores de la insolvencia, el juez no dictará auto abriendo la fase de liquidación.

Entendemos que, en realidad, la norma de emergencia contempla la suspensión de la tramitación de estas solicitudes provenientes de los acreedores, mas no su inadmisión a trámite. La duda surge ante el laconismo de la norma y su comparación con el régimen ordinario, que prevé la audiencia al deudor antes de que el juez resuelva sobre la solicitud (art. 407.2, segundo inciso, TRLC). Así, en aplicación de la norma de emergencia, no está claro si el juez debe inadmitir a trámite la solicitud del acreedor (opción que, a nuestro juicio, debe descartarse) o bien si, simplemente, debe suspender su tramitación. En este último caso, aunque la norma deja meridianamente claro que el juez no debe dictar auto de apertura de la fase de liquidación, suscita interrogantes si debe dar traslado de la solicitud del acreedor al deudor (por mucho que no le dé más curso) o si, por el contrario, ni siquiera procede dicho traslado. A nuestro juicio, por analogía con lo previsto para las solicitudes

(25) También críticos con este aspecto, DE LA MORENA, G. y DE LA MORENA, A., «COVID-19 y concurso de acreedores», La Ley 8517/2020 (versión electrónica).

de declaración de incumplimiento del convenio, procede el traslado al deudor, mas no la tramitación de la solicitud en cuestión.

V. LAS MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL

El Derecho Concursal de emergencia se completa con la adopción de una serie de heterogéneas medidas de agilización procesal, cuya principal finalidad consiste, presumiblemente, en evitar (o, al menos, mitigar) los efectos de la previsible avalancha de concursos que se solicitarán una vez concluyan la suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso. Sin embargo, al margen de los específicos efectos que estas medidas puedan tener sobre el colapso de los juzgados mercantiles, lo cierto es que también pueden contribuir a evitar la destrucción de valor y de tejido empresarial, en el bien entendido de que la conservación de empresas viables será más probable si el procedimiento concursal correspondiente se tramita de forma ágil y expedita. Así, entre las medidas de agilización procesal susceptibles de coadyuvar a la conservación de empresas, destacan: (i) la tramitación preferente de las actuaciones orientadas a la enajenación de unidades productivas o a la venta en globo de los elementos del activo (art. 9 [b] Ley 3/2020); (ii) la tramitación preferente de las propuestas de convenio o de modificación de los que estuvieran en periodo de cumplimiento (art. 9 [c] Ley 3/2020); y (iii) la tramitación preferente de la admisión a trámite de la solicitud de homologación de un acuerdo de refinanciación o de la modificación del que estuviera vigente (art. 9 [e] Ley 3/2020).

Al respecto, interesa simplemente señalar que se trata de medidas cuya conveniencia trasciende (a nuestro juicio) la situación excepcional causada por el COVID-19 y, en consecuencia, deberían implementarse con carácter permanente en la normativa concursal ordinaria.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico de los artículos 8 a 18 del Capítulo II (medidas concursales y societarias) del Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia», *La Ley* 5149/2020 (versión electrónica).
- AZOFRA, F., *La homologación judicial de acuerdos de refinanciación*, Madrid [Reus], 2016.
- BERMEJO, N., «¿Un Derecho concursal de emergencia para hacer frente a una pandemia concursal?», *Anuario de la Facultad de Derecho de Madrid*, n.º extraordinario (2021).
- CERVERA, M., «El procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 33 (2014), pp. 111-123.
- COHEN BENCHETRIT, A., «La venta de la unidad productiva en el nuevo escenario concursal», *La Ley* 8516/2020.
- DE LA CÁMARA, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid [Centro de Estudios Tributarios], 1972.

- DE LA MORENA, G. y DE LA MORENA, A., «COVID-19 y concurso de acreedores», *La Ley* 8517/2020 (versión electrónica).
- ENCISO, M., «El plan de viabilidad en el ámbito de los acuerdos de refinanciación», en Arias Varona (dir.), *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos y económicos*, monografía n.º 17 de la *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Madrid [La Ley], 2013, pp. 105-133.
- FIDALGO GALLARDO, C., «Hacia la necesaria reforma del mecanismo de segunda oportunidad. Los ajustes en la regulación del acuerdo extrajudicial de pagos introducidos por la legislación de urgencia COVID-19», *La Ley* 9695/2020 (versión electrónica).
- GARCÍA MARRERO, J., «Los acuerdos de refinanciación», en Prendes-Muñoz Paredes (dirs.), *Tratado judicial de la insolvencia*, Cizur Menor [Thomson Reuters-Aranzadi], 2012, pp. 291-341.
- GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid [Revista de Derecho Mercantil], 1947.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «Incumplimiento de convenio concursal y Estado de Alarma», *La Ley* 3903/2020 (versión electrónica).
- HURTADO IGLESIAS, S., «Breves reflexiones sobre reformas concursales de emergencia. La urgencia en la enajenación de unidades productivas», *La Ley* 750/2021 (versión electrónica).
- MADAUS, S. y WESSELS, B., «COVID-19: Legislación de emergencia en materia de insolvencia y reestructuraciones», *La Ley* 9009/2020 (versión electrónica).
- MARTÍNEZ SANZ, F., «Modificaciones en la obligación del deudor de solicitar el concurso y en materia de cumplimiento del convenio a causa del COVID-19», *La Ley* 109/2021 (versión electrónica).
- PULGAR, J., *Preconcursalidad y reestructuración empresarial. Acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos*, 2.ª ed., Madrid [La Ley-Wolters Kluwer], 2016;
- «Reestructuración empresarial y alarma Covid 2019: legislación preconcursal y concursal de emergencia», *La Ley* 3853/2020 (versión electrónica);
- «Financiación preconcursal interna de empresas en reestructuración: régimen vigente y normas temporales Covid-19», *La Ley* 84/2021 (versión electrónica).
- ROJO, A., «Las opciones de política legislativa en el Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril», *Anuario de Derecho Concursal* n.º 50 (2020), pp. 17-32;
- «El empresario (I): concepto, clases y responsabilidad», en Uría-Menéndez (dirs.): *Curso de Derecho mercantil*, 2.ª ed., Cizur Menor [Thomson-Civitas], 2007, pp. 69-91.
- RUBIO, J., *Introducción al Derecho Mercantil*, Barcelona [Nauta], 1969.
- SENÉS, C., «La homologación de los acuerdos de refinanciación», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 30 (2013), pp. 47-74.
- VALENCIA, F., «Administradores en estado de alarma», *La Ley* 8518/2020 (versión electrónica).
- YÁÑEZ, J., y NIETO, C., «Refinanciaciones: rescisión y extensión de efectos», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 32 (2014), pp. 155-193.

DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES Y PANDEMIA. ESPECIAL REFERENCIA A LA DISOLUCIÓN Y RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR PÉRDIDAS CUALIFICADAS

Aurora CAMPINS VARGAS*

Resumen

El trabajo contiene un análisis de la legislación de emergencia dictada en el marco de la crisis sanitaria y económica provocada por la COVID-19 en relación la disolución de las sociedades mercantiles. El objetivo es comprobar en qué medida la legislación excepcional modifica la aplicación del régimen general y afecta a la posición de los administradores en cuanto al cumplimiento de sus deberes y responsabilidades en materia de disolución. El análisis se centra, en particular, en la causa de disolución por pérdidas cualificadas por ser la que ha merecido más atención del legislador. En no pocos aspectos, la imprecisión técnica en el tenor literal de las normas genera interpretaciones contradictorias, lo que obliga a buscar la más ajustada a la finalidad de esta normativa dictada con carácter excepcional y temporal.

Palabras clave

COVID-19. Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19. Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la administración de justicia. Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la administración de justicia. causa de disolución por pérdidas graves.

Abstract

The paper analyzes emergency legislation enacted within the framework of the health and economic crisis caused by COVID-19 in relation to the wind-up of trading companies. The aim is to ascertain the extent to which this exceptional legislation changes the applica-

* Profesora contratada Doctora UAM. Acreditada a titular.

tion of the general rules and affects the position of directors in the fulfillment of their duties and responsibilities as regards wind-up. The analysis focuses in particular on the grounds for dissolution due to qualifying losses, since this has received most attention from the legislator. In many respects, the technical inaccuracies in the wording of the rules lead to contradictory interpretations, making it necessary to find the interpretation that best achieves the purpose of these regulations adopted on an exceptional and temporary basis.

Keywords

Covid-19. Royal Decree-Law 8/2020, of 17 March, on extraordinary urgent measures to address the economic and social impact of COVID-19. Royal Decree-Law 16/2020, of 28 April, on procedural and organisational measures to address COVID-19 in the area of the Administration of Justice Law 3/2020, of 18 September, on procedural and organisational measures to address COVID-19 in the area of the Administration of Justice. Cause for dissolution due to serious losses.

SUMARIO: I. Introducción. II. Legislación de emergencia en el régimen legal de la disolución societaria. III. Incidencia del RDL 8/2020 en las causas legales de disolución. IV. Incidencia de la Ley 3/2020 en la disolución por pérdidas cualificadas. 1. Incidencia del artículo 13 ley 3/2020 en las pérdidas del ejercicio 2020: suspensión de la causa de disolución por pérdidas. 2. Incidencia del artículo 13 Ley 3/2020 respecto del deber de convocatoria de junta por los administradores en relación con el «resultado del ejercicio 2021». V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Pasado más de un año desde la declaración del estado de alarma a través del RD 463/2020, de 14 de marzo para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, no parece necesario justificar la incidencia que la pandemia sanitaria ha provocado en todos los ámbitos de nuestro ordenamiento (social, económico, jurídico, económico). Tampoco parece necesario explicar la grave crisis económica que, a día de hoy, seguimos padeciendo y los devastadores efectos que esta situación extraordinaria ha causado en nuestro tejido empresarial provocando que muchas de nuestras sociedades se encuentren muy próximas a, cuando no directamente incursas en, la causa de disolución societaria o insolvencia concursal.

En esta situación excepcional el gobierno ha adoptado una serie de medidas extraordinarias dirigidas a paliar o intentar reducir los efectos de la crisis en las empresas. En concreto, con el fin de mantener la continuidad económica de sociedades que, en condiciones de mercado, podrían seguir generando recursos para mantenerse, se ha dictado una legislación de emergencia que modifica temporal y excepcionalmente la aplicación del régimen legal de disolución, retrasando o suspendiendo los plazos para instarla y evitando la responsabilidad de sus administradores.

Como se nos recuerda, la preocupación del legislador por relajar las obligaciones de los deudores en tiempos de crisis extraordinarias no es nueva entre nosotros (léase a título representativo el artículo 955 CCo)(1). El ejemplo más reciente nos lo ha proporcionado la crisis financiera de 2008 que afectó de forma señalada a las compañías inmobiliarias provocando importantes pérdidas por deterioro en las empresas del sector. También entonces, con la finalidad de salvaguardar a las empresas inmobiliarias coyunturalmente en pérdidas, el gobierno se ocupó de relajar la aplicación del régimen legal. Lo hizo a través del RDL 10/2008, de 12 de diciembre(2), disponiendo que, a los efectos de la reducción obligatoria de capital y de disolución obligatoria, no se computarían las pérdidas por deterioro reconocidas en las cuentas anuales, derivadas del Inmovilizado Material, las Inversiones Inmobiliarias y las Existencias.

Aunque la finalidad de la legislación excepcional de entonces y la dictada ahora es asimilable, la gravedad de la crisis no lo es, lo que justifica que, en la que actualmente nos asola, el legislador se haya decantado por otro tipo de medidas. Es pronto para determinar qué incidencia tendrá la vigente regulación de emergencia en los acreedores de las sociedades afectadas, así como su posible impacto en la sociedad en general. No son pocos los que ya manifiestan serias dudas sobre la conveniencia de las medidas adoptadas sin comprender bien la ventaja de dilatar lo que en muchos casos parece inevitable(3). No es nuestro propósito ocuparnos ahora de esto. El objeto de estas páginas es analizar en qué medida esta legislación excepcional modifica el régimen legal de disolución de sociedades y afecta a la posición de los administradores en cuanto al cumplimiento de sus deberes y responsabilidades en materia de disolución. De las distintas causas legales o estatutarias de disolución (arts. 360 y ss. LSC), nos vamos a centrar, en particular, en la disolución por pérdidas, por ser la causa más frecuente de disolución y por ser, como enseguida veremos, la que se ha visto especialmente afectada por la vigente legislación de emergencia.

II. LEGISLACIÓN DE EMERGENCIA EN EL RÉGIMEN LEGAL DE LA DISOLUCIÓN SOCIETARIA

Como punto de partida conviene recordar que el artículo 363.1e) LSC dispone que las sociedades de capital deberán disolverse si sus pérdidas dejan reducido el patrimonio neto a una cifra inferior a la mitad del capital social, salvo que se adopten medidas para reequilibrar esa situación patrimonial, y salvo que no sea procedente solicitar la declaración de concurso puesto que, en situación de insolvencia, prevalece la solución concursal (por todas, STS de 15 de octubre de 2013, n.º 590/2013, ECLI:ES:TS:2013:5186).

(1) Aprovecho para agradecer a Juste Mencía, J., que me facilitara el ejercicio titulado «La influencia de la pandemia Covid-19 en el Derecho contable aplicable a las sociedades de capital» que presentó el 14 de septiembre de 2020 en el concurso de movilidad para obtener la plaza de Catedrático de Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.

(2) RDL10/2008, de 12 de diciembre por el que adoptaban medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias.

(3) V. MARTÍNEZ SANZ, F., «Modificaciones en la obligación del deudor de solicitar el concurso y en materia de cumplimiento del convenio a causa del Covid-19», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* n.º 34/2021, n.º 34, 1 de enero de 2021.

Conforme al procedimiento legal establecido, una vez constatada la situación de desequilibrio patrimonial, los administradores deben convocar junta general en el plazo de dos meses para que se adopte el correspondiente acuerdo de disolución o, en su caso, el acuerdo necesario para la remoción de la causa (artículo 365 LSC). Si la Junta fracasa (por imposibilidad de constituir la o por no alcanzar el correspondiente acuerdo), los administradores están obligados a instar la disolución judicial de la sociedad (artículo 366 LSC) para lo que disponen de un nuevo plazo de dos meses. El incumplimiento de su obligación de convocar junta general y, en su defecto, de solicitar la disolución judicial, convierte a los administradores en responsables solidarios, junto con la sociedad, de las obligaciones posteriores a la causa de disolución (artículo 367 LSC). Como señala la STS de 8 de noviembre de 2019, n.º 601/2019, ECLI:ES:TS:2019:3526), «*La justificación de esta responsabilidad radica en el riesgo que se ha generado para los acreedores posteriores que han contratado sin gozar de la garantía patrimonial suficiente por parte de la sociedad del cumplimiento de su obligación de pago*».

Lo que el legislador pretende con esta regulación es que las sociedades que se encuentren en una situación de pérdidas cualificadas adopten tempestivamente una solución entre las dos alternativas que plantea el precepto: saneamiento o disolución. Si no logran alcanzar una situación patrimonial mínimamente saneada, el ordenamiento les obliga a que desaparezcan ordenadamente del tráfico mercantil a través del proceso de disolución, liquidación y posterior extinción. Y todo ello, en un momento en el que el desequilibrio entre el capital social sitúa a la sociedad en una situación de riesgo, aunque el activo sea superior al pasivo y existan fondos suficientes para satisfacer a los acreedores sociales, puesto que, como hemos dicho, si la sociedad se encuentra en insolvencia, el administrador debe solicitar el concurso.

Pues bien, desde que se declaró el estado de emergencia por el RD 463/2020 el legislador ha dictado una serie de normas que modifican temporal y excepcionalmente el régimen descrito. Las primeras fueron introducidas por el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 («RDL 8/2020»). Están incluidas en el artículo 40 que –junto con el artículo 41 del mencionado RDL– se ocupa de medidas aplicables a las personas jurídicas de derecho privado. La primera de ellas (artículo 40.11 RDL 8/2020) prevé una regla de suspensión de la causa de disolución (aplicable a todas las causas legales o estatutarias de disolución) en los términos siguientes: «11. *En caso de que, antes de la declaración del estado de alarma y durante la vigencia de ese estado, concorra causa legal o estatutaria de disolución de la sociedad, el plazo legal para la convocatoria por el órgano de administración de la junta general de socios a fin de que adopte el acuerdo de disolución de la sociedad o los acuerdos que tengan por objeto enervar la causa, se suspende hasta que finalice dicho estado de alarma*». La segunda (artículo 40.12 RDL 8/2020), también aplicable a todas las causas de disolución, prevé una regla de exoneración de la responsabilidad del administrador que reza como sigue: «12. *Si la causa legal o estatutaria de disolución hubiera acaecido durante la vigencia del estado de alarma, los administradores no responderán de las deudas sociales contraídas en ese periodo*».

La siguiente norma ha sido el artículo 18 RDL 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, el cual prevé una regla especial para la suspensión de

la causa de disolución por pérdidas cualificadas en los términos siguientes: «1. A los solos efectos de determinar la concurrencia de la causa de disolución prevista en el artículo 363.1e) del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, no se tomarán en consideración las pérdidas del presente ejercicio 2020. Si en el resultado del ejercicio 2021 se apreciaran pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, deberá convocarse por los administradores o podrá solicitarse por cualquier socio en el plazo de dos meses a contar desde el cierre del ejercicio conforme al artículo 365 de la citada Ley, la celebración de Junta para proceder a la disolución de la sociedad, a no ser que se aumente o reduzca el capital en la medida suficiente. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio del deber de solicitar la declaración de concurso de acuerdo con lo establecido en el presente real decreto-ley».

El RD 16/2020 ha sido derogado y, tras su tramitación como proyecto de ley, ha sido sustituido por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia («Ley 3/2020»), en vigor desde el 20 de septiembre. Esta Ley mantiene la vigencia del artículo 40.11 y 40.12 RDL 8/2020 y sustituye el artículo 18 RDL 16/2020 por el actual artículo 13 Ley 3/2020 con un texto esencialmente idéntico.

En su preámbulo se afirma que la finalidad última de esta normativa de emergencia es «[...] atenuar temporal y excepcionalmente las consecuencias que tendría la aplicación en la actual situación de las normas generales sobre disolución de sociedades de capital [...]. Se trata, en definitiva, de evitar declaraciones de concurso o apertura de la fase de liquidación respecto de empresas que pueden ser viables en condiciones generales de mercado (valor en funcionamiento superior al valor de liquidación), con la consiguiente destrucción de tejido productivo y de puestos de trabajo».

Antes de entrar en el análisis particularizado de esta normativa, conviene adelantar que la urgencia en la adopción de estas medidas evidencia serias imprecisiones técnicas en su redacción y una falta de coordinación entre las distintas normas que genera no pocas dudas en cuanto a su interpretación y aplicación.

III. INCIDENCIA DEL RDL 8/2020 EN LAS CAUSAS LEGALES DE DISOLUCIÓN

En materia de pérdidas cualificadas, la falta de coordinación en la normativa reseñada resulta evidente. La previsión del artículo 13 de la Ley 3/2020 para la disolución por pérdidas cualificadas de 2020 ha dejado *prácticamente* inoperativas las reglas de los apartados 11 y 12 del artículo 40 RDL 8/2020 para esta concreta causa de disolución. Y ello porque, conforme al régimen especial, las pérdidas del ejercicio 2020 ya no computan a efectos de la disolución. Por tanto, habiendo desaparecido la causa de disolución por las pérdidas del ejercicio 2020 durante el estado de alarma, tampoco habrá lugar a la aplicación de exención de responsabilidad de administradores del artículo 40.12 RDL 8/2020 por esta causa para esas pérdidas.

En principio, las pérdidas cualificadas del ejercicio 2019 o producidas en años anteriores tampoco quedarán sujetas al régimen especial del artículo 40.11 y 12 RDL 8/2020, siéndoles de aplicación el régimen legal societario de disolución de los artículos 363 y ss. LSC. Esto es así porque conforme a la interpretación doctrinal y jurisprudencial que se ha consolidado al respecto, cuando las pérdidas dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, el plazo de dos meses para la convocatoria de junta general no debe retrasarse hasta conocer el resultado de las cuentas anuales. Se cuenta a partir del momento en que los administradores *conocieron o debieron conocer* la concurrencia de esta causa de disolución con la diligencia que les es exigible. En consecuencia, desde principios de 2019 (esto es, mucho antes de la declaración del estado de alarma el 14 de marzo de 2020), los administradores deberían haber estado atentos a controlar si las pérdidas del ejercicio 2019, sumadas a las que hubiera en su caso del ejercicio 2018 y anteriores, colocaban a la sociedad en una situación de pérdidas cualificadas, haciéndoles responder en otro caso de las deudas sociales conforme al artículo 367 LSC.

Solo en el caso de que las pérdidas de 2019 se constataran a final de ese año podría, eventualmente, plantearse la aplicación del artículo 40.11 y 12 del RDL 8/2020. Pero tampoco siempre. Si la situación de pérdidas se hubiera acreditado a finales de 2019 y los dos meses para convocar junta hubieran transcurrido *antes* de la declaración del estado de alarma, los administradores que no hubieran convocado responderían de las deudas posteriores a la causa de disolución conforme al régimen general (4). Aunque posteriormente subsanaran el incumplimiento ello no sanaría su responsabilidad por las deudas posteriores al acacimiento de la causa de disolución por pérdidas, solo sanaría su responsabilidad por las que se generasen después de la subsanación (STS de 14 de octubre de 2013, n.º 585/2013, ECLI:ES:TS:2013:4932).

Solo aquellas sociedades que estuvieran en causa de disolución al final de 2019 en la que sus administradores pudieran razonablemente defender que a la fecha de declaración del estado de alarma (14 de marzo de 2020) no había transcurrido el plazo de dos meses para convocar junta, solo a estas, decimos, les resultaría aplicable el art. 40.11 RDL 8/2020 y, conforme a lo allí dispuesto, el plazo de dos meses para la convocatoria de la junta habría quedado suspendido hasta el fin del (primer) estado de alarma (21 de junio de 2020), pasado el cual seguiría computando el resto de los días hasta cumplir los dos meses.

Así las cosas, tras la introducción del régimen especial para esta concreta causa, fuera de este supuesto concreto de pérdidas cualificadas del ejercicio 2019 a las que sí resultaría aplicable, el ámbito de aplicación de las dos reglas previstas en el artículo 40.11 y 12 RDL 8/2020 queda reducido al resto de causas (legales o estatutarias) de disolución en los términos previstos en el artículo 363 LSC (5).

(4) Como señala GARCÍA-VILLARRUBIA, *Boletín Mercantil* n.º 92, enero 2021, entre esas deudas posteriores deben entenderse incluidas las contraídas durante el estado de alarma puesto que, por definición, son posteriores a la causa de disolución y no hay en la legislación de emergencia una norma que excluya la responsabilidad por esas obligaciones. La restricción de responsabilidad de los administradores prevista en el artículo 40.12 RDL 8/2020 se refiere a las deudas sociales cuando la causa de la disolución se produzca durante la vigencia del estado de alarma, no si la causa se produjo antes.

(5) Sobre la interpretación de estos preceptos en relación con las otras causas de disolución, en particular, a la causa del transcurso del tiempo, pueden leerse interesantes observaciones, poniendo en conexión esta causa con la posibilidad de haber celebrado juntas telemáticas para acordar una eventual

A lo anterior se une que, de las dos previsiones legales del artículo 40, la primera ha perdido buena parte de su actualidad puesto que, por la fecha de promulgación del RDL 8/2020, la suspensión de la obligación de instar la disolución a los administradores ha de entenderse referida al estado de alarma decretado por el RD 463/2020, de 14 de marzo (cuya sexta y última prórroga finalizó el 21 de junio de 2020). Estado de alarma que, expresamente, el Gobierno ha dado por finalizado (lo mismo que el posterior período de desescalada y subsiguiente etapa de «nueva normalidad») al declarar un nuevo estado de alarma en el RD 926/2020 el 25 de octubre de 2020, con la consiguiente adopción de nuevas medidas para contener la propagación de infecciones causadas por el SARSCoV-2 (6).

En consecuencia, en el momento actual, solo la regla prevista en el apartado 12 del artículo 40 relativa a la exoneración de responsabilidad de los administradores por causas de disolución distintas a la existencia de pérdidas cualificadas (o por pérdidas cualificadas de finales de 2019 en los términos explicados más arriba), mantiene cierta actualidad e interés en la medida que podrá hacerse valer por los administradores frente a las eventuales demandas de responsabilidad que se interpongan frente a ellos antes de que transcurran los cuatro años para su prescripción (7).

La primera observación crítica a lo anterior no se esconde. Lo conveniente hubiera sido que, una vez decretado el estado de alarma, el Gobierno se hubiera centrado únicamente en la causa de disolución por pérdidas cualificadas por ser la más frecuente en el tráfico y porque, era de prever, lo fuese aún más durante la crisis que estamos atravesando. Esto hubiera evitado el problema de la pronta superación de lo dispuesto en las dos normas generales (aplicables a cualesquiera causas de disolución, legal o estatutaria) por la promulgación, tan solo un mes más tarde, de la norma especial para la disolución por pérdidas (con el consiguiente problema del derecho transitorio) y, además, habría evitado los problemas de interpretación que suscita la primera legislación de emergencia en cuanto al resto de causas de disolución.

En relación a esto último, el apartado 11 del artículo 40 RDL 8/2020 suscita la duda de si el plazo de suspensión de la causa de disolución solo alcanza al deber de los administradores de convocar junta en el plazo de dos meses una vez constatada la causa de disolución o si la suspensión debe extenderse a otros supuestos no incluidos en su tenor literal, como es al deber de los administradores de instar la disolución judicial (artículo 366.2 LSC) o al derecho de cualquier interesado de instar la disolución si la junta no fuera convocada, no se celebrara o no adoptara el correspondiente acuerdo de disolución o remoción de la causa (artículo 366.1 LSC).

prórroga, en QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Los órganos societarios y el Estado de Alarma», *Diario La Ley*, n.º 9675, Sección Tribuna, 16 de Julio de 2020, Wolters Kluwer.

(6) Otra cosa es que otras previsiones del RDL 8/2020, como las juntas de socios a distancia (artículo 40.1 II) o los acuerdos por escrito y sin sesión del consejo de administración (artículo 40.2), hayan estado en vigor hasta el 31 de diciembre de 2020, pero es así porque así está redactado, no por efecto de este nuevo segundo estado de alarma.

(7) En este caso podría plantearse eventualmente el problema de si, tras la promulgación de la Ley 31/2014, el plazo de prescripción de cuatro años previsto expresamente para la acción social e individual se aplica analógicamente o no a la responsabilidad por deudas, cuestión que, a día de hoy sigue siendo controvertida, si bien la jurisprudencia menor parece decantarse en su mayoría por la respuesta positiva (entre otras, SAP de Barcelona, de 17 de mayo de 2018 o 20 de febrero de 2019).

Una interpretación finalista o teleológica del precepto conduce a pensar que la suspensión debería extenderse a todos ellos en la medida que la finalidad última de la norma es evitar la disolución de las sociedades que antes de la declaración del estado de alarma y durante su vigencia estén incursas en causa de disolución. No obstante, lo anterior, en nuestra opinión, resulta más atendible entender que, conforme a lo que dispone el artículo 4.2 CCo (cuando señala que «*las normas excepcionales y de ámbito temporal, no se aplicarán a supuestos [...] distintos de los comprendidos expresamente en ellas*»), la suspensión decretada por esta norma de emergencia únicamente debe alcanzar al plazo para la convocatoria de la junta, que es el único supuesto contemplado en su tenor literal (8).

La otra duda interpretativa se refiere a la norma del 40.12 del RDL 8/2020 que prevé la exoneración de responsabilidad de los administradores por deudas contraídas en el período de alarma cuando la causa de disolución hubiera acaecido en ese período (9). Desde un primer momento, la duda que se ha planteado es si la norma prevé un supuesto de exoneración de responsabilidad definitivo total y permanente por esas deudas contraídas en el periodo de alarma (primera interpretación), o si la exoneración de responsabilidad por las deudas durante ese período se vincula a que los administradores hayan cumplido con su obligación legal de convocar junta conforme al régimen general, una vez finalizado el estado de alarma yalzada la suspensión del plazo para la convocatoria de la junta (segunda interpretación).

La contundente expresión de que «*los administradores no responderán de las deudas sociedades contraídas en ese período*» conduce a defender la primera interpretación. Y ello es así no solo porque el artículo 40.12 RDL 8/2020 es una norma cuya eficacia no está condicionada a cumplimientos o incumplimientos posteriores del administrador sino porque la otra interpretación dejaría vacía de

(8) En este sentido coincidimos con quienes afirman que, «*si, debiendo hacerlo, no se convocó la junta general para promover la disolución o remover las pérdidas graves del ejercicio 2019 o anteriores antes del estado de alarma, los socios, los acreedores sociales o cualquier otro interesado podrían haber instado la disolución judicial de la sociedad*»: MOYA YOLDI, J. e HIDALGO ROMERO, R., «La causa de disolución por pérdidas graves en el contexto de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 3, marzo 2021.

(9) La norma tiene dos condiciones temporales: que las deudas sociales hayan sido contraídas durante el período de alarma y que la sociedad haya incurrido en causa de disolución durante ese estado. El primero de los presupuestos (aunque difiere de la terminología usada en el artículo 367 LSC) plantea el problema de la fijación del momento temporal relevante para considerar cuando nos encontramos ante una «obligación social posterior». Dado que esta cuestión no es específica de la legislación de emergencia, será aplicable al caso la doctrina jurisprudencial que distingue en función de cual sea la naturaleza de la obligación (contractual, extracontractual, de tracto único o tracto sucesivo, etc.). Así por ejemplo en los contratos de tracto sucesivo, la jurisprudencia que parece haberse consolidado es que la obligación nace cada vez que se devenga el pago de una renta periódica, no en el momento de celebración del contrato originario (entre las más recientes, TS en sentencia de 10 de abril de 2019, n.º 225/2019 –ECLI: ES:TS:2019:1240– o STS de 1 de junio de 2020, n.º 215/2020 –ECLI: ES:TS:2020:1503–); en las deudas derivadas de reparar vicios y defectos de la construcción, la obligación surge en la fecha en la que fueron entregados los inmuebles, no nace ni con la sentencia que los declara ni con el contrato del que surge la obligación de entrega (STS de 25 de mayo de 2020, n.º 212/2020); respecto de una deuda surgida de accidente laboral, la STS de 25 de mayo de 2020, n.º 193/2020 (ECLI: ES:TS:2020:1225) afirma que la deuda social surge con el siniestro, no con la sentencia que lo reconoce, etc.

contenido esta norma excepcional. En efecto, si el administrador cumplió con sus deberes de convocatoria de junta una vez finalizado el (primer) estado de alarma, es evidente que no surgirá su responsabilidad *ex* artículo 367 LSC. En consecuencia, parece que la supresión del deber legal de responder solo podría aplicarse en escenarios de incumplimiento posterior.

En nuestra opinión, sin embargo, a pesar de su mejor encaje con la letra de la norma, no es la primera interpretación la que debe prevalecer sino la segunda. Y ello porque la finalidad del régimen de responsabilidad por deudas sociales (367 LSC) hace más razonable interpretar que la exoneración de responsabilidad por las deudas nacidas durante el (primer) estado de alarma únicamente debería mantenerse si, una vez finalizado el mismo (momento a partir del cual volvieron a contar los plazos de los artículos 365 y 366 LSC), los administradores cumplieron las obligaciones derivadas de la concurrencia de la causa de disolución conforme al régimen general (10). La finalidad de la legislación de emergencia, entendemos, también avala esta interpretación. Con el propósito de dotar más tiempo a empresas en pérdidas, el legislador ha suspendido el cumplimiento de la obligación de los administradores de convocar junta para la adopción del correspondiente acuerdo impidiendo que se ejerza una acción de responsabilidad por deudas sociales mientras dure el estado de alarma pero no creemos que pueda defenderse con seriedad que la intención de esta norma de emergencia haya sido eliminar, en todo caso, la responsabilidad de los administradores que incumplan sus obligaciones una vez finalizado el estado de alarma. Como certeramente se ha afirmado, ello solo supondría un beneficio para el administrador incumplidor y un perjuicio para los acreedores y, en el fondo, un atentado a los fundamentos del régimen de responsabilidad por deudas sociales del artículo 367 LSC. En este sentido coincidimos con quienes afirman que la interpretación más razonable pasa por entender que la previsión del apartado 12 debe ponerse en conexión con la dispuesta en el apartado 11, entendiéndose que ambas están dirigidas a la suspensión de la disolución y consiguiente exoneración de responsabilidad de los administradores durante el estado de alarma, finalizado el cual vuelve a reactivarse el régimen general de los artículos 367 LSC y ss. (11)

En todo caso, dado que, como se ve, la interpretación conjunta de ambos apartados conduce a soluciones encontradas, sirvan estas líneas como una llamada de atención sobre la conveniencia de efectuar la oportuna corrección o aclaración legal antes de que se produzcan eventuales pleitos futuros.

(10) En este sentido, QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Los órganos societarios y el Estado de Alarma», en *Diario La Ley*, n.º 9675, Sección Tribuna, 16 de julio de 2020, Wolters Kluwer, p. 15. Y más recientemente GARCÍA-VILLARRUBIA, M., en «Legislación de emergencia y disolución por pérdidas: la responsabilidad de los administradores sociales y el estado de alarma», *Foro Abierto Boletín Mercantil* n.º 92, enero 2021.

(11) Como señala QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Los órganos societarios y el Estado de Alarma», *Diario La Ley*, n.º 9675, Sección Tribuna, 16 de Julio de 2020, Wolters Kluwer, «...una cosa es que, habiendo acaecido la causa de disolución en el estado de alarma, no se pueda convocar la junta para acordarlo, sin que eso suponga incumplimiento, y otra bien distinta es que no se contraiga responsabilidad por deudas posteriores a la causa, para ser exigida cuando pueda convocarse la junta y se incumpla la obligación de hacerlo».

IV. INCIDENCIA DE LA LEY 3/2020 EN LA DISOLUCIÓN POR PÉRDIDAS CUALIFICADAS

Como hemos señalado, el artículo 13 Ley 3/2020, excepciona temporalmente la aplicación del régimen general de disolución por pérdidas cualificadas a las pérdidas de los ejercicios 2020 y 2021. Veremos en qué medida esta regulación excepcional altera el régimen general en ambos ejercicios.

1. INCIDENCIA DEL ARTÍCULO 13 LEY 3/2020 EN LAS PÉRDIDAS DEL EJERCICIO 2020: SUSPENSIÓN DE LA CAUSA DE DISOLUCIÓN POR PÉRDIDAS

El artículo 13.1 Ley 3/2020 comienza señalando que, a los efectos de determinar la concurrencia de la causa de disolución por pérdidas del artículo 363.1 e) LSC, no se tomarán en consideración las pérdidas del ejercicio 2020. Desde la introducción de esta regla en nuestro ordenamiento dos son fundamentalmente, las dudas interpretativas y de aplicación que ha suscitado la norma. La primera es a qué pérdidas del ejercicio del 2020 se refiere el precepto. La segunda es durante qué tiempo no deben tomarse en consideración las pérdidas del 2020.

Con independencia de cuál sea la respuesta al ámbito objetivo y alcance temporal del precepto, lo que sí parece seguro es que la falta de toma en consideración de las pérdidas del 2020 a que se refiere la norma lo es, tan solo, a los efectos de determinar la existencia de la causa de disolución por pérdidas cualificadas. Por tanto, esas pérdidas deben computar y, en particular, restar en la contabilidad, a otros efectos, como a la hora de calcular el patrimonio neto para repartir dividendos (artículo 273.2 LSC), adquirir autocartera (artículo 1461.1 *in fine* LSC) o acordar una reducción de capital obligatoria (artículo 327 LSC). Y, por supuesto, esas pérdidas deben tener, en todo caso, su correspondiente reflejo en el balance de las cuentas anuales de la sociedad al objeto de cumplir con el principio de mostrar fielmente la situación del patrimonio de la sociedad.

En relación con el ámbito objetivo de aplicación de la norma, la respuesta resulta sencilla cuando el ejercicio económico coincide con el año natural. Éste es el presupuesto del que parte el legislador y el presupuesto contable del que parten la mayoría de las sociedades. En tal caso, «las pérdidas del ejercicio 2020» a las que se refiere el artículo 13.1 Ley 3/2020 sin ninguna clase de matización, se corresponden, en nuestra opinión, con las pérdidas generadas desde el 1 de enero a 31 de diciembre de 2020 y ello con independencia de que las pérdidas se hubieran producido antes del 14 de marzo de 2020, fecha declaración del (primer) estado de alarma, y antes del 29 de abril de 2020, con la introducción del régimen especial por pérdidas cualificadas (12).

La aplicación de este régimen especial por pérdidas cualificadas de 2020 hace desaparecer la propia causa de disolución por esta causa en el propio ejercicio 2020

(12) Contra, GARCÍA-VILLARRUBIA, en *Foro Abierto Boletín Mercantil* n.º 92, enero 2021 afirma que la regla del RDL 16/2020 y Ley 3/2020 no se aplica a las pérdidas de 2020 contabilizadas antes de la entrada en vigor de este régimen.

y hasta que se cierre el ejercicio 2021 (*ex artículo 13.1 in fine Ley 3/2020*). La consecuencia indirecta de lo anterior es que decae la obligación de los administradores de convocar junta general en 2020 y 2021 para la adopción del correspondiente acuerdo de disolución y, en consecuencia, decae su responsabilidad por las pérdidas de 2020.

La respuesta a la cuestión sobre qué pérdidas de 2020 quedan afectadas por el artículo 13.1 *Ley 3/2020* no resulta, sin embargo, tan inmediata en aquellas sociedades en que su ejercicio contable no coincida con el ejercicio natural. Tal es el caso, por ejemplo, de las sociedades anónimas deportivas cuyo régimen legal prevé el cierre a 30 de junio haciéndolo coincidir con el calendario establecido por la liga profesional correspondiente (artículo 8 b RD 1251/1999, de 16 de julio). El legislador no ha tomado en consideración estos supuestos. En nuestra opinión, la respuesta pasa por afirmar que no deberán tomarse en consideración las pérdidas del ejercicio social que coincidan con el año 2020 (13).

Pero, sin duda, la cuestión que suscita más dudas en la interpretación de esta norma es la relativa al *alcance temporal o duración de la suspensión de la causa de disolución por pérdidas* de 2020 del artículo 13.1 *Ley 3/2020*. La duda que se plantea es si esta previsión legal es permanente o transitoria, es decir, si, a efectos de disolución, las pérdidas de 2020 no deben tomarse en consideración nunca (ni en el ejercicio de 2021 ni en los siguientes) o si, a los efectos de la suspensión de la disolución, únicamente deben excluirse su toma en consideración en relación al ejercicio de 2020 pero deben computarse en relación a los siguientes ejercicios (2021, 2022, etc.).

En la doctrina existen dos posiciones. La de los que defienden que las pérdidas de 2020 no deben tomarse en consideración nunca, se basan, fundamentalmente en la literalidad del precepto y en su interpretación puesta en conexión con su inmediato antecedente legislativo (14).

Como anticipábamos más arriba, en la crisis económica de 2008 que afectó fundamentalmente al sector inmobiliario, el Gobierno relajó la aplicación de la norma a través del Real Decreto Ley 10/2008, de 12 de diciembre. Entonces se decidió excluir del cómputo de las pérdidas aquellas derivadas del deterioro del Inmovilizado Material, de las Inversiones Inmobiliarias y de las Existencias. A diferencia de la situación actual, el legislador de 2008 estableció un plazo de vigencia para la aplicación de aquel régimen excepcional: un plazo de dos ejercicios sociales después de la entrada en vigor la disposición, plazo que fue objeto de sucesivas prórrogas hasta 31 de diciembre de 2014. El legislador de la *Ley 3/2020* no ha hecho lo propio en el vigente artículo 13.1. Podría pensarse que la omisión del plazo de vigencia de la suspensión indica que el precepto se refiere en exclusiva al ejercicio 2020 y a los resultados del ejercicio 2021, pero también es cierto que el

(13) Así, en el ejemplo, una SAD que tenga un ejercicio de 1 de julio de 2019 a 30 de junio de 2020, a efectos de disolución, no debería computar las pérdidas de 1 de enero a 30 de junio de 2020, y en el ejercicio comprendido entre el 1 de julio de 2020 a 30 de junio de 2021 no debería hacer lo propio respecto de las pérdidas de 1 de julio a 31 de diciembre de 2020. Eso sí, en estos casos, las sociedades deberán preocuparse de poder demostrar qué pérdidas han tenido lugar durante el año 2020, lo cual puede ser contablemente complejo.

(14) La explicación más completa que defiende esta postura puede leerse en MOYA YOLDI, J. e HIDALGO ROMERO, R., «La causa de disolución por pérdidas graves en el contexto de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 3 marzo 2021 y allí ulterior bibliografía.

legislador no lo ha aclarado expresamente como sí ha hecho, en la propia Ley 3/2020 en relación con otras medidas como las concursales o como también hizo en el artículo 40 RDL 8/2020 respecto de otras cuestiones societarias que se mantienen vigentes y que también han sido temporalmente suspendidas (por ejemplo, respecto al derecho de separación del artículo 348 bis LSC en el artículo 40.8). Aún más, en defensa de esta interpretación podría también afirmarse que la pretensión de excepcionar el régimen de disolución por pérdidas societarias en el artículo 13.1 Ley 3/2020 ha ido más allá de la que el gobierno se propuso en el artículo 40.11 y 12 del RD 8/2020. Así, mientras que el RDL 8/2020 (originalmente aplicable a todas las causas de disolución, también la disolución por pérdidas) el legislador se preocupó de señalar que la suspensión de la disolución de la sociedad era «hasta que finalice dicho estado de alarma» y la exoneración de responsabilidad de los administradores por deudas sociales va referida a «las deudas sociales contraídas en ese periodo», en la norma del artículo 13.1 Ley 2/2020, sin embargo, el legislador hace una afirmación taxativa «no se tomarán en consideración las pérdidas del ejercicio 2020» sin ningún tipo de acotación temporal (del tipo «hasta que finalice este estado de alarma» o que será de aplicación excepcional durante unos determinados ejercicios) que avalaría esta interpretación.

No puede negarse, en fin, que la interpretación literal del artículo 13.1 Ley 3/2020, sobre todo, a la luz de la norma que ha sido su inmediata antecesora y la propia literalidad de otros preceptos de la actual legislación de emergencia, conducen a esta interpretación.

En nuestra opinión, sin embargo, resulta más convincente la interpretación de quienes afirman que, a efectos de suspender la disolución por esta causa, la no toma en consideración de las pérdidas del 2020, únicamente se refiere a las cuentas de ese ejercicio, pero sí deben computar y tomarse en consideración en las cuentas de los ejercicios 2021 y siguientes (15). Lo adecuado de esta interpretación reside, como han puesto de manifiesto sus defensores, en la finalidad última de esta legislación de emergencia expuesta con claridad en el preámbulo de la Ley 3/2020 que no es otra que «atenuar temporal y excepcionalmente las consecuencias que tendría la aplicación en la actual situación de las normas generales sobre disolución de sociedades de capital [...], de modo tal que se permita a las empresas ganar tiempo». Dicho, en otros términos, el propósito de legislador en el artículo 13.1 Ley 3/2020 ha sido conceder a las sociedades *una moratoria* en la causa de disolución por pérdidas que exonera a los administradores de instar la disolución en el propio ejercicio 2020 y hasta el cierre del ejercicio 2021 (*ex* artículo 13.2 Ley 3/2020), pero no dejar de computar, para siempre, a efectos de la disolución las pérdidas de 2020. Lo contrario llevaría a afirmar que el legislador no es que haya excepcionado o suspendido temporalmente esta causa de disolución por pérdidas de 2020, es que *directamente ha eliminado esta causa de disolución, aun en el caso de las gan-*

(15) En este sentido se pronuncian MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., «estado de alarma y decisiones corporativas» *RdS* n.º 59, mayo-agosto 2020; MUÑOZ GARCÍA, A., «Situaciones próximas a la insolvencia y viabilidad empresarial», en [PULGAR, J. (Direcc.)], *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia*, Wolters Kluwer 2020, pp. 169 y ss. Favorables a esta posición también aunque con matices, GARCÍA-VILLARUBIA y RONCERO SÁNCHEZ, A., ambos autores en *Boletín Mercantil* n.º 92, enero 2021.

cias de los ejercicios venideros no logren reequilibrar la situación patrimonial ocasionada por las pérdidas de 2020, situación que, en última instancia, permitiría la pervivencia de sociedades permanentemente desequilibradas con el consiguiente perjuicio a los acreedores de estas sociedades así como al interés general.

Reconocemos, no obstante, que esta situación no es probable porque ni en el régimen general de disolución, ni la legislación de emergencia, enervan la aplicación de la legislación concursal (artículos 365.1 LSC y 13.2 Ley 3/2021) y, por tanto, no es probable que una sociedad en situación de desbalance pueda permanecer mucho tiempo en el tráfico sin encontrarse en situación de insolvencia, lo que inevitablemente le llevará a la solicitud del concurso o la adopción de medidas preconcursales. Y, a este respecto, también conviene recordar que el legislador de emergencia ha establecido un plazo de suspensión para el deber para solicitar el concurso que se agota el 31 de diciembre de 2021 (conforme a lo que dispone el artículo 6 Ley 3/2020 tras la modificación operada por el RDL 5/2021, de 12 de marzo).

Por lo demás, no puede descartarse que sea el propio legislador el que, si la situación de emergencia se alarga, acabe ampliando en algún ejercicio más las pérdidas que no deberán tomarse en consideración. Eso será la constatación de que, aunque no con la claridad que lo hizo en la anterior crisis en el RDL 10/2008, o con que lo ha manifestado en otros preceptos societarios dictados en la actual legislación de emergencia, su intención ha sido la de dictar estas normas con carácter temporal y excepcional.

Sea como fuere, en lo que todos estamos de acuerdo es que estas diferencias de interpretación traen causa de la ausencia de una redacción clara del artículo 13.1 Ley 3/2020 y que, si no lo ha hecho hasta ahora, antes de que el tema llegue a los tribunales sería bueno una aclaración legal sobre el alcance temporal de la aplicación de esta regla excepcional.

2. INCIDENCIA DEL ARTÍCULO 13 LEY 3/2020 RESPECTO DEL DEBER DE CONVOCATORIA DE JUNTA POR LOS ADMINISTRADORES EN RELACIÓN CON EL «RESULTADO DEL EJERCICIO 2021»

El artículo 13.1 *in fine* Ley 3/2020 dispone lo siguiente: «Si en el resultado del ejercicio 2021 se apreciaran pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, deberá convocarse por los administradores o podrá solicitarse por cualquier socio en el plazo de dos meses a contar desde el cierre del ejercicio conforme al artículo 365 de la citada Ley, la celebración de Junta para proceder a la disolución de la sociedad, a no ser que se aumente o reduzca el capital en la medida suficiente».

En relación con las pérdidas de 2021, la norma altera las reglas generalmente aceptadas respecto del inicio del cómputo y, además, lo hace con resultados diferentes en función de que se trata de sociedades cuyo ejercicio coincida o no con el año natural. De nuevo, el legislador ha vuelto a partir de la coincidencia entre «ejercicio» y «año natural», sin percatarse de que, en este caso, la aplicación de la regla incide de forma diametralmente opuesta en uno y otro caso, retrasando un año el inicio del cómputo para el plazo de convocatoria en los supuestos en los que

el ejercicio económico coincida con el año natural, y adelantando el plazo en los casos que no sea así. Lo explicamos de inmediato.

Conforme a la doctrina jurisprudencial vigente, el *dies a quo* para el cómputo del plazo legal de dos meses en el que los administradores deben convocar junta ante la existencia de pérdidas cualificadas se cuenta a partir del momento en que los administradores conocieron o debieron conocer la concurrencia de la causa de disolución con la diligencia que les es exigible. Conforme a lo anterior, desde principios de 2021 los administradores deberían estar atentos a controlar si las pérdidas del ejercicio 2021, sumadas a las del 2020 (con la interpretación aquí defendida) y a las que hubiera, en su caso, del ejercicio 2019, colocan a la sociedad en situación de pérdidas cualificadas.

La norma dispone, sin embargo, que este plazo de dos meses se cuenta «desde el cierre del ejercicio» de 2021, lo que en la práctica se traduce que el plazo de dos meses del artículo 365 LSC comenzará a computar desde 1 de enero de 2022. De esta forma, el legislador retrasa prácticamente un año (desde principios de 2021 a principios de 2022) el deber de convocatoria de la junta por parte de los administradores y, en consecuencia, durante ese período, les exonera de la responsabilidad por su incumplimiento que les sería aplicable conforme al régimen general (16).

Sin duda, este retraso o moratoria legal en cuanto al deber legal de convocatoria se corresponde plenamente con el objetivo de «atenuar temporal y excepcionalmente las consecuencias que tendría la aplicación en la actual situación de las normas generales sobre disolución de sociedades de capital». El problema no es este. El problema es que la no toma en consideración de sociedades cuyo ejercicio no coincida con el año natural lleva, como decimos, a una solución distinta en estas sociedades, lo que genera una inadmisibles contradicción de valoración en la aplicación de la norma. En efecto, para las sociedades con ejercicio entre dos años naturales, la interpretación literal de la norma lleva a pensar que, el ejercicio 2021 es el primero que cierre en una fecha de 2021, y la apreciación de la concurrencia de la causa de disolución por pérdidas cualificadas deberá realizarse a partir de que cierre dicho ejercicio. Así, en el ejemplo de las sociedades anónimas deportivas anterior, con un ejercicio comprendido entre el 1 de julio de 2020 a 30 de junio de 2021, como el 30 de junio de 2021 ya es una fecha de 2021, el plazo de dos meses del artículo 365 LSC debería comenzar a computar a partir del 1 de julio de 2021. La consecuencia práctica es que a estas sociedades se les adelanta la fecha a partir de la cual los administradores deben estar atentos para controlar si la sociedad está en situación de pérdidas cualificadas frente a lo que hemos visto ocurre con aquellas en las que el ejercicio coincide con el año natural para las que el inicio del cómputo de plazo comienza a correr a partir de enero de 2022.

Las consecuencias beneficiosas para unas sociedades y perjudiciales para otras (entre ellas, las SAD) a las que lleva la interpretación literal de la norma en los términos vistos ha provocado que la doctrina haya ensayado otra posible inter-

(16) Naturalmente, el que en este caso concreto las pérdidas de 2021 que son relevantes para determinar el inicio del cómputo del deber de convocatoria sean las pérdidas existentes al cierre del ejercicio no quiere decir que las pérdidas de 2021 (lo mismo que las del ejercicio 2020) no hayan de tener su correspondiente reflejo en la contabilidad y deban contabilizarse a otros efectos, como se ha señalado en el apartado IV.1.

pretación que parece más acorde con la intención finalista de la ley de permitir que las sociedades (más allá de cuál sea el cierre de su ejercicio) ganen tiempo para superar esta situación. La propuesta es entender que «el cierre de 2021» es aquel que se produzca a partir del 31 de diciembre de 2021 (17). En el ejemplo de las SAD sería el que finalizaría el 30 de junio de 2022.

Sin perjuicio de que esta nos parezca la interpretación más conforme con la finalidad de la Ley 3/2020, la inseguridad jurídica para los administradores está servida y, en este sentido, la prudencia lleva a aconsejar que, ante la duda, se inclinen por la opción más conservadora. En otro caso, quedarán a expensas de que los tribunales estimen una eventual acción de responsabilidad por entender que, conforme a la primera interpretación, ha habido un incumplimiento del plazo.

Y esta última consideración nos lleva a insistir una vez más sobre lo denunciado a lo largo de estas páginas. Si bien, en situaciones de pérdidas cualificadas, el propósito de la legislación de emergencia ha sido atenuar y relajar el cumplimiento de las normas de disolución y los deberes y responsabilidad por deudas de los administradores durante los ejercicios 2020 y 2021, lo cierto es que la imprecisión técnica en su redacción, lejos de procurarles tranquilidad en la toma de sus decisiones, genera una enorme inseguridad jurídica respecto de la situación en que quedan los administradores en el cumplimiento de sus obligaciones.

A lo anterior debe añadirse que, aunque temporal o definitivamente (según las distintas interpretaciones) queden exonerados de responsabilidad por las deudas de 2020, desde un punto de vista societario, su actuación, también durante todo este período de alarma, sigue informada por el contenido de su deber de diligencia (*ex* artículo 225 LSC) y por el régimen de responsabilidad por daños propios de la acción social de responsabilidad y la acción individual de responsabilidad, régimen de responsabilidad que no ha sido modificado ni excepcionado por la legislación de emergencia. Lo anterior, como también nos recuerdan quienes se han ocupado del tema, exige una llamada a la prudencia y diligencia en la actuación de los administradores pensando fundamentalmente en el posible éxito de una acción individual de responsabilidad frente al administrador que, durante este período de crisis, infrinja dolosa o gravemente negligente su deber de diligencia concertando contratos y asumiendo nuevas obligaciones con acreedores a sabiendas de que la sociedad es inviable y no podrá cumplir con lo pactado. Y pensando también en que, una vez agotado el plazo de suspensión para solicitar el concurso, los administradores de las sociedades que se encuentren en insolvencia a partir del 31 de diciembre de 2021 (art. 6 Ley 3/2020) y que hayan incumplido con su obligación de solicitar el concurso quedan expuestos a una eventual condena a la responsabilidad concursal si el concurso llega a calificarse culpable (18).

(17) Así, VALENCIA GARCÍA, F., *Boletín Mercantil*, n.º 92, 2021.

(18) Sobre este tema puede consultarse el trabajo de MARÍN DE LA BÁRCENA, F., «La responsabilidad por deudas de los administradores» (regulación extraordinaria-COVID-19), en *Revista General de Insolvencias y Reestructuraciones* 1/2021. Cuando este autor escribió su artículo la fecha en que se iba a levantar la suspensión de la obligación de solicitar el concurso era el 14 de marzo de 2021, pero el RDL 5/2021 ha extendido tal fecha hasta el 31 de diciembre de 2021.

V. BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA-VILLARRUBIA, M., «Legislación de emergencia y disolución por pérdidas: la responsabilidad de los administradores sociales y el estado de alarma», *Foro Abierto Boletín Mercantil* n.º 92, enero 2021.
- MARÍN DE LA BÁRCENA, F., «La responsabilidad por deudas de los administradores» (regulación extraordinaria-COVID-19), en *Revista General de Insolvencias y Reestructuraciones* 1/2021.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., «estado de alarma y decisiones corporativas» *RdS* n.º 59, mayo-agosto 2020.
- MARTÍNEZ SANZ, F., «Modificaciones en la obligación del deudor de solicitar el concurso y en materia de cumplimiento del convenio a causa del Covid-19», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* n.º 34/2021, 1 de ene. de 2021.
- MOYA YOLDI, J. e HIDALGO ROMERO, R., «La causa de disolución por pérdidas graves en el contexto de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 3. marzo 2021.
- MUÑOZ GARCÍA, A., «Situaciones próximas a la insolvencia y viabilidad empresarial», en [PULGAR, J. (Direcc.)], *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia*, Wolters Kluwer 2020, pp. 169 ss.
- PEINADO GRACIA, «Derecho de sociedades no analógico. Reflexiones sobre las medidas de excepción en materia de sociedades mercantiles», *Diario la Ley*, n.º 69, 1 de mayo de 2020.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Los órganos societarios y el Estado de Alarma», *Diario La Ley*, N.º 9675, Sección Tribuna, 16 de Julio de 2020, Wolters Kluwer.
- RONCERO SÁNCHEZ, A., «Legislación de emergencia y disolución por pérdidas: la responsabilidad de los administradores sociales y el estado de alarm», *Foro Abierto Boletín Mercantil* n.º 92, enero 2021.
- VALENCIA GARCÍA F., «Legislación de emergencia y disolución por pérdidas: la responsabilidad de los administradores sociales y el estado de alarma», *Foro Abierto Boletín Mercantil* n.º 92, enero 2021 .

LOS ERTES EN Y TRAS LA PANDEMIA

Jesús LAHERA FORTEZA*

Resumen

Los ERTES no son una novedad de la pandemia porque ya tenían regulación anterior, en una evolución normativa que incentivaba su utilización por las empresas durante las crisis. La regulación específica y adaptada de ERTES durante la pandemia ha terminado por consolidar su papel esencial en la flexibilidad laboral interna y confirmando su utilidad como alternativa a los despidos. El protagonismo de la fuerza mayor en los ERTES de la pandemia debe dejar paso ahora, en la transición y de manera estructural, a las causas empresariales. El nuevo modelo estructural de ERTES va a convertir en permanentes las técnicas de protección social de desempleo y liberación de costes a las empresas, utilizadas en la pandemia, pero tendrá que hacerlo sobre la flexibilidad de estas causas empresariales, la integración de la formación y vías innovadoras que garanticen la financiación pública exclusiva a empresas viables.

Palabras clave

ERTES, flexibilidad, protección social, formación.

Abstract

The ERTES are not a novelty of the pandemic because they already had previous regulations, in a normative evolution that encouraged their use by companies during crises. The specific and adapted regulation of ERTES during the pandemic has ended up consolidating its essential role in internal labor flexibility and confirming its usefulness as an alternative to layoffs. The role of force majeure in the ERTES of the pandemic must give way now, in the transition and structurally, to business causes. The new structural model of ERTES is going to make permanent the techniques of social protection of unemployment and release of costs to companies, used in the pandemic, but it will have to do so on the flexibility of these business causes, the integration of training and ways innovative companies that guarantee exclusive public financing to viable companies.

* Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Complutense. jesuslahera@cps.ucm.es

Keywords

ERTES, flexibility, social protection, training.

SUMARIO: I. Los ERTES no son una novedad de la pandemia. II. Los ERTES durante la pandemia. III. Los ERTES en la transición hacia la post-pandemia. IV. Hacia un nuevo modelo estructural de ERTES. V. Bibliografía.

I. LOS ERTES NO SON UNA NOVEDAD DE LA PANDEMIA

Los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (en adelante ERTES) de suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada por causas económicas, organizativas, técnicas o productivas (en adelante ETOP), o por fuerza mayor (en adelante FM), han sido siempre medidas centrales en la intensificación de la flexibilidad laboral interna, al ser claras alternativas a la disminución de la plantilla y a los ajustes de empleo en situaciones empresariales difíciles. La suspensión del contrato de trabajo permite interrumpir temporalmente las obligaciones contractuales del trabajador y de la empresa, con la consecuente liberación del pago de salarios y la posibilidad de articular planes de exoneraciones de cuotas sociales, mientras que la reducción de jornada disminuye proporcionalmente la cuantía salarial y dichas cuotas exoneradas, quedando, en ambos casos, salvado el puesto de trabajo del trabajador afectado, con la consiguiente protección social por desempleo. Frente a la extinción del contrato temporal o el despido, que sacrifican empleos, los ERTES ofrecen su mantenimiento, con la ayuda complementaria de la protección social pública por desempleo.

Los ERTES no son, ni mucho menos, una novedad producto de la pandemia COVID-19, pues ya tenían regulación anterior, en una evolución normativa que, además, ha ido incentivando su utilización por las empresas hasta su extraordinaria utilidad en esta crisis sanitaria.

Desde la aprobación del *Estatuto de los Trabajadores* en 1980, la suspensión del contrato de trabajo por causas ETOP o FM ya era una alternativa empresarial a los despidos contemplada en el antiguo art.47 ET, bien que sujeta a los umbrales de afectados equiparables a los de un despido colectivo del art. 51 ET y a la exigencia de, previa consulta con los representantes de los trabajadores, una autorización administrativa final. En el marco de esta regulación intervencionista, durante la crisis financiera de 2008-2009, ya existía la salida de los ERTES suspensivos, con protección social de desempleo, bastante utilizada, por cierto, pese a estas rigide-

ces, por empresas en dificultades económicas (1). La posibilidad de las reducciones de jornada era, sin embargo, difusa, porque no estaba expresamente contemplada en el ET y solo podía conectarse con estos ERTES suspensivos, en conexión con un, entonces, mal regulado desempleo parcial.

La reforma laboral de 2010 (Decreto-Ley 10/2010 y Ley 35/2010) eliminó los umbrales colectivos de los ERTES suspensivos y consagró, en un nuevo art. 47.2 ET, la posibilidad expresa de las reducciones de jornada, entre un 10 y un 70 por 100 por causas empresariales, con la protección social complementaria por desempleo, también sujeta a una obligada autorización administrativa (2). Quedaban abiertos, así, estos dos cauces, suspensiones contractuales y reducciones de jornada, a cualquier empresa y con independencia del número de afectados. Para ello, la reforma habilitó, a su vez, la negociación de estas medidas en empresas sin representantes de los trabajadores con comisiones *ad hoc* directas del art.41.4 ET elegidas por los empleados. La apuesta del cambio normativo de 2010 por estas alternativas a los despidos era, por tanto, clara, dentro de un modelo no cuestionado de ERTES con autorización administrativa final (3).

Sobre este terreno sembrado, la reforma laboral de 2012 (*Decreto-Ley 3/2012 y Ley 3/2012*) profundizó, aun más, en esta misma opción por la flexibilidad interna con la eliminación de la autorización administrativa en los ERTES (4). En términos de evolución normativa, la reforma de 2012 confirma la presencia de suspensiones contractuales y de reducciones de jornada por causas ETOP, entre un 10 y un 70 por 100, manteniendo, en un nuevo art.47.1 y 2 ET, la negociación con la parte sindical, pero suprimiendo la autorización administrativa, de tal manera que queda en manos de la empresa la decisión unilateral final de ambas medidas. La regulación del art.47.1 y 2 ET en 2012 es básicamente igual, en lo conceptual y sustancial, que la versión del 2010, pero con este importante cambio procedimental que sitúa, previa negociación con los representantes de los trabajadores, ambas medidas dentro de la capacidad de decisión final de la empresa, sin perjuicio de la impugnación judicial individual o colectiva de los afectados. Todo ello, como ya sucedía con anterioridad, con la consiguiente protección social por desempleo, total o parcial. La supresión de la autorización administrativa no afectó, en cambio, a los ERTES por FM, que, en el art. 47.3 ET, quedaban sujetos a la misma. En el contexto de esta evolución normativa, las reformas laborales 2010-2012 situaron ya los ERTES en el centro de nuestro sistema de relaciones laborales, como herramientas principales de flexibilidad laboral interna para salvaguardar empleo.

(1) En el año 2009, conforme a los datos oficiales del Ministerio de Trabajo, se aprobaron 13.307 ERES suspensivos con 465.659 afectados.

(2) SANTIAGO REDONDO, K., «Reducción de jornada y suspensión del contrato de trabajo», en Dir. Valdés, F.; González-Posada, E., *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, Editorial Reus, Madrid, 2011, pp. 383 y ss.

(3) El principal impacto de esta apuesta fue en un significativo aumento de los ERTES de reducción de jornada, que, conforme a datos oficiales, de afectar a 226 trabajadores en 2007 o a 19.374 en 2009 pasaron a afectar a 38.839 en 2010 y a 60.512 trabajadores en 2011. De ser apenas utilizadas, las reducciones de jornada ocupan, desde entonces, un lugar muy significativo en los ERTES.

(4) LAHERA FORTEZA, J., «Nuevas perspectivas de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción», en dir Thibault, J., *La reforma laboral de 2012: Nuevas perspectivas del Derecho del Trabajo*, Wolter Kluvers-La Ley, Madrid, 2012.

II. LOS ERTES DURANTE LA PANDEMIA

Tras todos estos años de consolidación de los ERTES, la pandemia COVID-19 planteó un reto enorme para contrastar su funcionalidad social ante circunstancias adversas. Desde la aprobación inicial del Decreto-Ley 8/2020, conexas al estado de alarma (Real Decreto 463/2020) y al confinamiento de la población, el Gobierno apostó, con acierto, por esta herramienta de contención del empleo, que se presentaba la más idónea, junto al trabajo a distancia, ante las enormes restricciones de la actividad económica y de la movilidad por salud pública (5).

Desde esta premisa, la normativa laboral y social COVID-19 gira, de inicio, en torno a dos tipos de ERTES suspensivos y de reducción de jornada. De un lado, los ERTES por fuerza mayor (FM), necesitados de autorización administrativa y vinculados a exoneraciones de cuotas sociales empresariales condicionadas a un mantenimiento posterior de empleo (art. 22 Decreto-Ley 8/2020, en adelante DL 8). De otro lado, los ERTES por causa económica, organizativa, productiva, técnica (ETOP) vinculada a COVID-19, con período de consulta con los representantes de los trabajadores, en busca de acuerdos colectivos y posible decisión de la empresa ante el desacuerdo, en principio sin exoneración de cuotas sociales, ni condicionabilidad de mantenimiento posterior de empleo (art.23 DL 8). En este marco, la FM concentraba todo el conjunto de intensas restricciones de movilidad y actividad exigidas en el primer estado de alarma (6); las decisiones gubernativas operaron, así, como *factum principis* con un alcance omnicompreensivo de la FM (7). El silencio administrativo positivo, tras la superación del plazo correspondiente sin respuesta de la autoridad laboral, facilitó también su aceptación en numerosas situaciones derivadas de la pandemia. Esta irradiación y facilidad administrativa de la FM derivada de la pandemia explica que la mayor parte de situaciones de ERTE Covid-19 hayan estado, desde entonces, bajo esta cobertura, marginando la causa ETOP. Si, hasta ahora, el modelo había girado sobre la causa ETOP, la excepcionalidad de la pandemia convirtió en protagonista absoluta a la FM, con apenas precedentes en su utilización.

La aprobación posterior, desde marzo de 2020 a mayo de 2021, en estos meses de pandemia, de sucesivos Decretos-Leyes bajo el amparo de acuerdos sociales entre las organizaciones sindicales y empresariales más representativas (Decretos-Ley 18, 24 y 30/2020 y del Decreto-Ley 2/2021 y el Decreto-Ley 11/2021, en adelante DL 18, 24, 30, 2 y 11), con la técnica de la prórroga de estos ERTES FM, con revisión de las exoneraciones de cuotas sociales empresariales en función de sectores, la articulación de nuevos ERTES FM por impedimento o limitación de actividad, ante un nuevo estado de alarma, de octubre de 2020 a mayo de 2021, y la incorporación de exoneraciones a determinados ERTES ETOP, ha disgregado varios tipos de ERTE sobre este modelo dual. El último, hasta ahora (DL 11) con-

(5) CASAS BAAMONDE, M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia», *Derecho Relaciones Laborales* 2020, n.º 4, p. 317 y ss.

(6) BELTRÁN DE HEREDIA, I., «Covid-19 y ERTE por fuerza mayor», *Derecho Relaciones Laborales* 2020, n.º 4, p. 435 y ss.

(7) MÉNENDEZ SEBASTIÁN, P., *Facultades extintivas del empresario en La Era Covid*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 25 y ss.

tinúa, así, la saga de prórrogas de los ERTES FM, en este caso hasta el 30 septiembre 2021, sobre la base de estas diferenciaciones previstas ya en el DL 24 y, sobre todo, en el DL 30, que permanece, en virtud de esta nueva norma, prácticamente vigente en todo su contenido hasta dicha fecha. Ha sido ya anunciada, además, una nueva prórroga tras el verano, porque la situación de pandemia y sus consecuencias están todavía lejos de ser totalmente despejadas. Una breve ordenación de los ERTES COVID-19 vigentes, sin precisar sus detalles y singularidades, es la siguiente:

1. ERTES FM

1.1 Estructurales del art. 22 DL 8 con exoneraciones de cuotas sociales en actividades con código CNAE-09 del Anexo DL 11 y en empresas dependientes o en la cadena de valor de las mismas.

1.2 Estructurales del art. 22 DL 8 sin exoneraciones de cuotas sociales en actividades fuera del código CNAE-09 del Anexo DL 11 o en empresas no dependientes o fuera de la cadena de valor de las mismas.

1.3 Impedimento de desarrollo de la actividad de la DA 1ª.2 DL 24, con exoneraciones de cuotas sociales.

1.4 Impedimento de desarrollo de la actividad del art. 2.1 DL 30 con exoneraciones de cuotas sociales.

1.5 Limitación del desarrollo normalizado de la actividad del art. 2.2 DL 30 con exoneraciones de cuotas sociales.

1.6 Impedimento de desarrollo de la actividad del art. 2.1 DL 11 con exoneraciones de cuotas sociales.

1.7 Limitación del desarrollo normalizado de la actividad del art. 2.2 DL 11 con exoneraciones de cuotas sociales.

2. ERTES ETOP

2.1 Estructurales del art. 23 DL 8 anteriores a 27 de junio de 2020, con exoneraciones de cuotas sociales en actividades del código CNAE-09 del Anexo DL 2.

2.2 Estructurales del art. 23 DL 8 sin exoneraciones de cuotas sociales empresariales, que son todos los restantes.

3. ERTES DE TRÁNSITO

3.1 Tránsitos entre FM, de impedimento a limitación o viceversa, que los arts. 2.2 y 3 DL 2 solucionan, no obligando a la empresa a solicitar a la autoridad administrativa nuevo ERTE.

3.2 Tránsito de FM estructural a ETOP con exoneraciones de cuotas sociales en las actividades con código CNAE-09 del Anexo DL 2, o dependientes de la cadena de valor de las mismas.

3.3 Tránsito de FM estructural a ETOP sin exoneraciones de cuotas sociales, en el resto de supuestos.

3.4 Tránsito de FM nuevas restricciones a ETOP sin exoneraciones de cuotas sociales.

3.5 Tránsito de ETOP a ETOP con prórrogas acordadas con los representantes de los trabajadores, pues el art. 3.1 DL 11 mantiene esta opción prevista en el art.3.4 DL 30. En el caso de ser supuesto con exoneraciones de cuotas sociales se mantienen las mismas tras la prórroga.

Como se puede observar de esta breve ordenación, que da como resultado hasta 14 tipos específicos de ERTES COVID-19, existe una línea divisoria entre los que reciben exoneraciones de cuotas sociales o no. La política de liberación de costes sociales en suspensiones o reducciones de jornada tampoco es una novedad, pues tiene, también, antecedentes, previos a la pandemia (8), pero se ha intensificado durante la misma, al principio de manera generalizada y luego más sectorial, en los ámbitos empresariales más afectados por sus consecuencias.

Las condiciones de ambos tipos de ERTE son bien distintas, porque la exoneración de cuotas sociales se vincula a una cláusula de mantenimiento de empleo de 6 meses tras el reinicio de la actividad, ya prevista en la DA 6ª DL 8 y luego delimitada por la DF 3ª DL 18; los períodos de 6 meses se conectan, además, con cada paquete de exoneraciones de las correspondientes prórrogas de los DL 30 y 2. El incumplimiento del mantenimiento de empleo conlleva una alta penalización económica con el pago de todas las cuotas exoneradas durante el ERTE correspondiente. Por el contrario, en ERTES sin exoneraciones sociales, donde se mantiene íntegra la obligación de cotizar durante la suspensión o jornada reducida, no opera esta contundente condición de mantenimiento de empleo. Sin embargo, también estos ERTES están sujetos a reglas de contención de empleo, porque el art. 2 Decreto-Ley 9/2020, hoy ley 3/2021 también prorrogado por DL 2, declara *injustificadas* las causas de despido de FM o ETOP vinculadas a COVID-19, sin aclarar la consecuencia de improcedencia o nulidad de las extinciones. En todos los ERTES existen, además, limitaciones a nuevas contrataciones, contratos o realización de horas extras, conforme el art.7 DL 30 también prorrogado por el DL 2.

Se debe subrayar, con especial interés, que en todos los ERTES COVID-19, sin excepción, se han articulado medidas extraordinarias de protección social por desempleo para los trabajadores, con el cálculo ininterrumpido de la prestación sobre el 70 por 100 de la base reguladora (art.25 DL 8 y 8.1 y 4 DL 30), y su reposición, pues el tiempo consumido no computará para quien acceda, antes del 1 de enero de 2022, a nueva prestación de desempleo por finalización de contrato temporal o despido (art.8.7 DL 30). También destaca la articulación de una protección social específica reforzada de desempleo en fijos discontinuos afectados por ERTE, no llamados en temporada, o que hayan agotado el desempleo (art.9 DL 30). La política de protección extraordinaria del desempleo tampoco es tan novedosa porque tiene antecedentes en la anterior crisis económica (9), donde

(8) En la anterior crisis, esta política está presente, bien que sin exoneraciones totales, en la Ley 27/2009, Decreto-Ley 10/2010, Ley 35/2010 y Ley 3/2012.

(9) Desde la Ley 27/2009 operó esta reposición de desempleo en ERTES, reiterada en diversos programas, hasta la recuperación económica en 2015.

distintos planes aplicaron la técnica de la reposición, pero sin la enorme incidencia de esta crisis derivada de la pandemia.

La dotación de toda esta financiación pública va conexas a un contundente régimen jurídico sancionador y antifraude contra empresas incumplidoras (DF 9ª y 3ª Decreto-Ley 15/2020), que mantengan actividad normal estando en ERTE y oculten datos. Las herramientas utilizadas, según los casos, son las sanciones administrativas con multas cuantiosas, con infracciones muy graves individualizadas por cada trabajador; el reintegro de prestaciones sociales de desempleo indebidas, con responsabilidad directa de la empresa; y la ya mencionada liquidación del pago de cuotas sociales exoneradas por incumplimiento de la exigencia de mantenimiento de empleo seis meses, tras el inicio de la actividad.

Como he anticipado, la singularidad de esta crisis ha determinado que los ERTES más utilizados, dentro de la tipología expuesta, hayan sido los de FM, en sus distintas modalidades, con autorizaciones administrativas y sucesivas prórrogas por decretos-leyes acordados por los agentes sociales. Los ERTES ETOP, en su mayor parte sin exoneraciones de cuotas sociales, han cumplido papeles secundarios, frente a los de FM, ligados a estas liberaciones de costes con la condición de mantenimiento del empleo. La hegemonía de este modelo más intervencionista ha supuesto, curiosamente, la recuperación de la importancia de la autorización administrativa en los ERTES, cuando la reforma laboral de 2021 la suprimió en las causas ETOP. La vía de la FM, adecuada a la situación de pandemia, pero marginal en otras crisis, ha tenido esta paradójica consecuencia.

Las duras exigencias de mantenimiento de empleo, que condicionan las exoneraciones de cuotas sociales, junto a la, antes mencionada, «prohibición» de despedir por causa de los ERTES COVID-19 del DL 8, han cooperado en el logro, hasta ahora, de una enorme contención de empleo, pese a la enorme caída del PIB español. Los datos oficiales de empleo muestran el significativo impacto de esta política laboral y social durante la pandemia, que ha evitado una masiva extinción de contratos de trabajo (10). Esta experiencia consolida, seguramente de manera definitiva, la presencia de un modelo de *flexiseguridad* laboral, de inspiración europea, construido en las reformas 2010-2012 y confirmado definitivamente en esta crisis sanitaria y económica (11).

A pesar de estos logros, la dualidad del mercado laboral, con un exceso patológico de temporalidad, no ha podido evitar la destrucción de mucho empleo precario, sobre todo, al inicio de la crisis. Como ha sucedido en otras ocasiones, las fáciles y poco costosas extinciones de contratos temporales han determinado un aumento considerable de desempleo, pese a esta política de ERTES con ayudas públicas. La interrupción de los contratos temporales de trabajadores afectados por ERTE, prevista en el art.5 DL 9, no ha podido evitar esta masiva destrucción de empleo temporal durante la pandemia, mostrando, de nuevo, las debilidades y fragilidades de nuestro mercado de trabajo.

(10) En la pandemia han llegado a estar 3 millones y medio de trabajadores afectados en estos ERTES, la gran mayoría por FM. En la actualidad (abril de 2021), todavía en torno a 800.000 trabajadores continúan afectados por un ERTE.

(11) LAHERA FORTEZA, J., «Flexiseguridad laboral ante la crisis del coronavirus», *Derecho Relaciones Laborales* 2020, n.º 4, p. 419 y ss.

III. LOS ERTES EN LA TRANSICIÓN HACIA LA POST-PANDEMIA

El sistema expuesto de ERTES COVID-19 tiene una gran financiación pública que ha permitido, en diferentes etapas de la pandemia, amortiguar los costes laborales de las empresas ante paralizaciones, restricciones o profundas disminuciones de la actividad económica. Las empresas han podido externalizar estos costes hacia la Seguridad Social, con suspensiones contractuales y reducciones de jornada, durante el ERTE FM o ETOP, por la vía de sustitución de salarios por prestaciones de desempleo y en muchos casos exoneraciones sociales.

La política laboral adoptada de ERTES ha sido, en líneas generales, acertada, pese a todos los problemas de inseguridad jurídica en la aplicación de todas estas normas de urgencia. Los logros en mantenimiento de empleo, a los que me he venido refiriendo, son objetivamente positivos. Pero la larga prolongación de la pandemia ha conducido a un escenario donde las empresas en ERTE parecen encerradas en una especie de «jaula de oro», donde reciben mucha financiación pública, sin poder reestructurar sus plantillas debido a las contundentes exigencias de mantenimiento de empleo y sus altas penalizaciones económicas. Ello tiene el riesgo, ya, de estar financiando con dinero público empresas inviables que, en un futuro, cuando se desmantele esta normativa, destruirán empleo. La «jaula de oro» puede estar, además, postergando en el tiempo, reestructuraciones empresariales necesarias para garantizar la viabilidad futura de otras empresas.

El reto ahora de la regulación de los ERTES es mitigar este riesgo de «jaula de oro» y articular un modelo eficiente en la transición hacia la post-pandemia. Va a ser esencial, en este sentido, regular adecuadamente los tránsitos entre ERTES, en especial de FM a ETOP, y de los mismos a otras opciones de flexibilidad laboral interna, con un papel esencial de los acuerdos colectivos entre representantes de trabajadores y empresas. Estando ya en el horizonte la finalización de las prórrogas de ERTES FM, quizás cuando acabe 2021, resulta ahora fundamental crear este tipo de pasarelas flexibles. Sería deseable que en el próximo acuerdo social de Decreto-Ley en la materia, a finales de septiembre, se articulara, ya, un período obligatorio de consultas, en todas las empresas con ERTE FM, con los representantes de los trabajadores, legales, o ante su ausencia *ad hoc*, para poder negociar un ERTE ETOP de transición con márgenes de flexibilidad en función de la actividad económica real. Los acuerdos colectivos de ERTE ETOP deberían estar cubiertos bajo una presunción de causa, la propia reactivación post-pandemia, y un plazo máximo razonable. La idea de este tipo de medida es que, tras la finalización de la prórroga de la FM, seguramente a finales de 2021, se haya efectuado una transición gradual, aprovechando las capacidades del ERTE ETOP, hasta ahora un actor secundario.

Todo ello facilitaría un repliegue gradual del intervencionismo administrativo, que ha presidido la pandemia, hacia la autonomía negociadora colectiva, que es la que debería gestionar, con acuerdos, la post-pandemia. La negociación colectiva, debido a la urgencia de la toma de decisiones y de la absorción administrativa en FM de la mayoría de situaciones, ha sido la gran ausente en esta crisis y debería retomar un papel esencial. Se debería, en consecuencia, incentivar la firma de protocolos sociales de transición, por esta vía convencional, en los sectores que ahora están bajo la cobertura de FM, para preparar la reactivación y utilizar las distintas herramientas

de flexibilidad laboral interna articuladas en las reformas 2010-2012. Solo se podrán evitar despidos si se crean las condiciones de esta adaptación con flexibilidad interna.

Ello no quita que ya se deben comenzar a asumir tránsitos inevitables entre ERTES y ERES, desactivando los riesgos expuestos de «jaula de oro». Las causas ETOP de los arts.52.c y 51 ET, en su doble modalidad individual y colectiva, pueden fundamentar ajustes de plantilla, si resultan necesarios. Es deseable, por ello, que en la próxima acción política laboral, se reformule la «prohibición» de despedir del art. 2 DL 9, estableciendo, al menos, que la causa ETOP, diferente a la que fundamentó el ERTE FM, es justificada cuando exista acuerdo colectivo o quede acreditada en una impugnación judicial. Ello abriría, al menos, la vía de reestructuraciones de plantillas, desmontando la ficción de estar financiando con ayudas públicas empresas inviables o permitiendo la viabilidad si es necesario un ajuste de empleo.

Esta transición normativa debería también replantear la exigente cláusula de empleo, condicionada a las exoneraciones de cuotas sociales, que ha podido ser útil en la contención de empleo durante la pandemia, pero que puede penalizar económicamente a muchas empresas en la reactivación post-pandemia, abocándolas al concurso y a su inviabilidad. No sería mala idea suprimir la propia cláusula, una vez desmantelada la FM y culminada esta transición gradual a ERTES ETOP y a la flexibilidad interna, pero si se quiere mantener, habría, al menos, que efectuar un cálculo proporcional de pago de cuotas exoneradas en función del número de despedidos. Hay que recordar que el criterio oficial actual del Ministerio de Trabajo es el pago de todas las cuotas sociales exoneradas de la plantilla en ERTE, que es un coste altísimo para una empresa que se incorpore al mercado ajustando parte de la plantilla en función de su actividad real.

La propuesta transición gradual hacia la flexibilidad y la reestructuración de plantillas, para garantizar la viabilidad de las empresas con ERTE FM en la post-pandemia y adecuar mejor las ayudas públicas, es compatible con el mantenimiento de la protección social extraordinaria por desempleo, incluyendo su reposición. En este sentido, va a ser necesario ampliar el período de acceso a prestaciones de desempleo con esta reposición, en caso de extinción involuntaria del contrato de trabajo, pues la fecha prevista de 1 de enero de 2022 puede dejar desprotegidas muchas situaciones. Se deberá ampliar, al menos, a prestaciones anteriores al 1 de enero de 2023.

Finalmente, la política de exoneración de cuotas sociales tiene ya que ir enfocada a la reactivación económica, porque lo contrario puede apalancar empresas en ERTE FM sin desafectar a sus trabajadores. El temor a una alta penalización económica por incumplir el compromiso de empleo y la falta de estímulos en ahorro de costes sociales en las desafecciones de trabajadores, tal como el modelo está ahora diseñado, puede conducir a este efecto no deseado de apalancamiento, que frene la reactivación económica.

IV. HACIA UN NUEVO MODELO ESTRUCTURAL DE ERTES

La experiencia de los ERTES en la pandemia, más allá de esta transición, va a terminar consolidando, seguramente, un nuevo modelo estructural de esta herramienta de flexibilidad laboral interna. Así lo apunta, precisamente, la reforma n.º 5 en el documento remitido por el Gobierno español a la Unión Europea con cam-

bios previstos en las relaciones laborales hoy presente en el componente 23 del plan nacional de recuperación.

Este importante documento, en la reforma n.º 5, afirma la necesidad de articular un «modelo permanente de ERTES, tras su extraordinaria utilidad social en la pandemia, como instrumento de flexibilidad laboral interna alternativo a despidos». Se apunta, para tal fin, la creación de un «fondo tripartito», de Gobierno, sindicatos y patronal, para «financiar las prestaciones derivadas de los ERTES y compensar las cotizaciones de los trabajadores afectados por suspensiones contractuales o reducciones de jornada». Se subraya, a su vez, la necesidad de conectar los ERTES con innovadoras políticas de «formación» de los afectados.

Como he expuesto desde un inicio, los ERTES no son, ni mucho menos, una novedad derivada de la pandemia, sino que tienen regulación desde la primera versión del ET de 1980 y han sido modernizados e incentivados a partir de las reformas laborales de 2010-2012, que situaron ya esta herramienta de flexibilidad en un espacio central de nuestras relaciones laborales. La intención política ahora, en 2021, de convertir los ERTES en «permanentes», tras la experiencia de la pandemia, parece orillar este tipo de evolución normativa. Si termina cuajando un nuevo modelo habrá sido fruto de esta evolución y experiencia.

Cuando el Gobierno apunta hacia un nuevo modelo estructural de ERTES, de vocación «permanente», no se refiere, entiendo, a la consolidación de una FM que desaparecerá con la pandemia. El modelo de ERTES FM, con autorización administrativa y prórrogas legales, es coyuntural y tendrá que ser desmantelado en la post-pandemia, probablemente a finales de 2021. El concepto de FM puede ser conectado, de manera permanente, con decisiones gubernativas o administrativas que, por cualquier razón, tengan impacto en la actividad empresarial (12), pero la herramienta principal de los ERTES es, de manera estable, la causa ETOP de los arts. 47.1 y 2 ET o una reconfiguración causal más dirigida a alteraciones coyunturales y ciclos de producción, lo que también es posible. Esta herramienta puede cooperar a reducir la dualidad laboral en los sectores más expuestos a estas alteraciones porque incentiva que las plantillas de sus empresas sean esencialmente fijas con el apoyo de esta flexibilidad interna.

El foco tiene que pasar, en fin, de la FM con autorización administrativa a una reconfigurada causa ETOP flexible, en un escenario estructural, donde las alteraciones económicas y productivas transitorias puedan canalizarse, de manera más flexible y ágil, mediante ajustes en la cantidad de horas de trabajo como alternativa a la destrucción de empleo. Cabe plantear, en este sentido, utilizar la misma distinción de procedimientos individuales y colectivos, sin y con consultas sindicales previas, en estos nuevos ERTES que en los despidos por causas ETOP (13). Esta equiparación evitaría la incoherencia de poner más trámites formales en la flexibilidad interna que en la externa, facilitando la adopción de ERTES por las PYMES. En esta línea, se deberían mantener las comisiones *ad hoc* del art. 41.4 ET en las consultas de empresas y centros sin representantes de trabajadores.

(12) CABEZA PEREIRO, J., «ERTE y garantía de ocupación: incertidumbres y certezas», *Revista CEF*, 2021, n.º 456.

(13) CABEZA PEREIRO, J., «ERTE y garantía de ocupación ...», *cit.*

Las políticas de reposición de la prestación social por desempleo y exoneración de cuotas sociales de los ERTES, con condiciones de mantenimiento del empleo, que se han utilizado en la crisis financiera y con especial intensidad en la derivada de la pandemia se podrían convertir en permanentes en una nueva regulación de esta herramienta. El sentido de la intención del Gobierno en la comunicación a la Unión Europea, seguramente, va en esta dirección porque se conecta con la nueva articulación de un «Fondo tripartito para financiar los ERTES y compensar las cotizaciones de los trabajadores afectados». La ayuda pública, en forma de prestaciones repuestas y exoneraciones sociales, parece reconducirse a este Fondo tripartito, pendiente de fórmulas de financiación no presentadas, por ahora, en el debate público. Es una buena idea consolidar estas ayudas públicas que cooperan al mantenimiento del empleo en crisis o alteraciones productivas, de distinta naturaleza, de manera estructural y plantea más dudas el cauce de un fondo tripartito de financiación, poco especificado en el criterio del Gobierno. Quizás puede servir de referencia el modelo del FOGASA, donde la solidaridad entre empresas cubre las insolvencias en salarios e indemnizaciones, de tal modo que determinadas aportaciones podrían ayudar a la flexibilidad laboral interna para evitar despido. Sea cual sea la opción, sí parece clara la consolidación de ayudas públicas condicionadas al mantenimiento del empleo en un nuevo modelo estructural de ERTES vinculado a alteraciones temporales de producción.

Finalmente, la mención en el documento gubernativo a la «formación» de los afectados por un ERTE resulta muy oportuna en el camino hacia un nuevo modelo estructural de esta vía de flexibilidad interna. La experiencia de la pandemia ha mostrado esta deficiencia porque apenas se han desarrollado acciones formativas de los afectados por ERTE COVID-19, que pudieran facilitar su recolocación y adaptación en caso de pérdida final de su puesto de trabajo. En un modelo estructural de ERTES va a resultar esencial integrar la formación, con deberes de empresas y trabajadores, siguiendo experiencias europeas positivas en esta dirección. La reducción del tiempo de trabajo, con ayuda pública, debe ir unida a deberes formativos que preparen para el reciclaje, la adaptación digital y la adquisición de nuevas competencias, porque un ERTE no asegura nunca el mantenimiento futuro del mismo puesto de trabajo. Esta política, en cualquier caso, va a necesitar de reformas en el modelo de formación profesional y continua, como apunta la reforma nº11, pues las vigentes estructuras institucionales dificultan este objetivo, como se ha podido observar durante la pandemia

V. BIBLIOGRAFÍA

- BELTRÁN DE HEREDIA, I., «Covid-19 y ERTE por fuerza mayor», *Derecho Relaciones Laborales* 2020, nº. 4.
- CABEZA PEREIRO, J., «ERTE y garantía de ocupación: incertidumbres y certezas», *Revista CEF*, 2021, nº. 456.
- CASAS BAAMONDE, M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia», *Derecho Relaciones Laborales* 2020, nº. 4, p. 317 y ss.

- LAHERA FORTEZA, J., «Nuevas perspectivas de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción», en dir Thibault, J., *La reforma laboral de 2012: Nuevas perspectivas del Derecho del Trabajo*, Wolter Kluwers-La Ley, Madrid, 2012.
- LAHERA FORTEZA, J., «Flexiseguridad laboral ante la crisis del coronavirus», *Derecho Relaciones Laborales* 2020, nº. 4.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Facultades extintivas del empresario en La Era Covid*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- SANTIAGO REDONDO, K., «Reducción de jornada y suspensión del contrato de trabajo», en Dir. Valdés, F.; González-Posada, E., *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, Editorial Reus, Madrid, 2011.

DESEMPLEO Y PROTECCIÓN SOCIAL EN PANDEMIA (Y POSPANDEMIA)

Yolanda VALDEOLIVAS GARCÍA*

Resumen

El trabajo sistematiza y analiza las numerosas, extraordinarias y heterogéneas medidas de protección social adoptadas durante la pandemia, de diverso tenor e intensidad, esencialmente dirigidas a contener el cierre de las empresas y la correlativa destrucción de empleo, consecuencia del frenazo de la actividad económica y laboral fruto del confinamiento y restricciones sanitarias. Las de mayor calado se refieren a la sustitución de los ingresos dejados de percibir por los trabajadores, como consecuencia de la suspensión o reducción de jornada derivadas de ERTE COVID, en una extensión y flexibilización de la protección por desempleo y cese de actividad sin precedentes, que alcanza a otras situaciones de vulnerabilidad igualmente protegibles, encontrando su máximo exponente en el Ingreso Mínimo Vital, que sustituye el carácter excepcional de las anteriores medidas por la cualidad estructural de una modalidad estable de protección de la carencia de recursos. Se hacen, además, valoraciones y propuestas de futuro para la pospandemia.

Palabras clave

protección social, flexiseguridad, expediente de regulación temporal de empleo (ERTE), protección por desempleo, trabajo autónomo, cese de actividad, ingreso mínimo vital.

Abstract

This study systematizes and analyzes the numerous, extraordinary and heterogeneous social protection measures adopted during the pandemic, of different scope and intensity, but essentially aimed at containing the business closure and the correlative job destruction consequence of the slowdown in economic and labor activity because of confinement and sanitary restriction measures. Clearly, those of greater significance refer to the substitution of the income lost by workers as a result of the suspension or reduction of working hours derived from ERTE COVID, in an extension and relaxation of unemployment protection and

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. UAM (yolanda.valdeolivas@uam.es)

cessation of professional activity with no precedents, which also reaches other equally protectable situations of vulnerability and which has found its maximum exponent in the Minimum Vital Income, replaciny the exceptional nature of the previous measures by the structural quality of a stable modality of protection from the lack of resources. In addition, assessments and proposals for the future are made for the post-pandemic.

Keywords

Social Protection, flexicurity, temporary employment regulation procedure (ERTE) unemployment protection, self-employment, cessation of professional activity, minimum living income.

SUMARIO: I. La Seguridad Social como tabla de salvación en la pandemia o quién se hace cargo del coste de la crisis sanitaria (¿y después?). II. Protección por desempleo, de su enflaquecimiento progresivo a su fortalecimiento en pandemia (¿y después?). 1. Protección (extraordinaria) por desempleo en el trabajo por cuenta ajena. 2. Protección por cese de actividad (extraordinaria) en el trabajo autónomo. III. Otras medidas de protección social en pandemia. IV. El ingreso mínimo vital o la protección (ordinaria y cuasiuniversal) de la carencia de rentas. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

I. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO TABLA DE SALVACIÓN EN LA PANDEMIA O QUIÉN SE HACE CARGO DEL COSTE DE LA CRISIS SANITARIA (¿Y DESPUÉS?)

La crisis sanitaria provocada por la pandemia se ha proyectado a nivel global en una crisis económica y social sin parangón reciente. No es exagerado afirmar que, en nuestro caso, sus efectos sobre la actividad económica y el mercado de trabajo han sido devastadores, aun con intensidad y duración desigual según sectores, pero con consecuencias inéditas, tanto por la vertiginosa caída del PIB y del empleo en tan corto periodo de tiempo, como por la urgente y extraordinaria articulación de medidas de profundo calado, entre otras muchas, en materia de protección social, dirigidas a paliar el fuerte aumento del desempleo, el desplome de la ocupación y la consecuente protección del estado de necesidad, ligado al cese temporal de muchas actividades productivas, fruto de las medidas de inicial confinamiento social y posterior contención sanitaria que más de un año después perduran. En efecto, el ingente esfuerzo en gasto público y la masiva utilización de las pre-existentes instituciones laborales (en especial, el teletrabajo y los ERTE) y de protección social (en especial, el desempleo) han resultado técnicas estratégicas para afrontar el colapso socioeconómico, cuya actuación ha traspasado netamente su habitual radio de acción y reglas aplicativas, ampliando su ámbito subjetivo, flexi-

bilizando sus requisitos generales y reforzando su contenido protector para empresas y trabajadores. Se ha desplegado una suerte de socialización de los costes privados y públicos de la pandemia, redistribuyendo gastos, beneficios y sacrificios entre trabajadores y empresarios, de una parte, y entre poderes públicos y privados, de otra. El resultado final renueva, con mimbres más intensos que los precedentes, la formulación del contrato social propio de los Estados democráticos de Derecho con modelos sociales asentados sobre la base del Estado del Bienestar. Lo que permite presuponer, pese a su inicial carácter contingente, una cierta permanencia del entramado dispuesto, porque las exigencias de la nueva economía global, tecnológica, digital y verde, así como las disrupciones planteadas por tales transiciones sobre la economía y el empleo dejarán a ciertas capas de la ciudadanía indefinidamente extramuros del circuito laboral y económico –o en lugares periféricos muy vulnerables–, aun superada esta crisis sanitaria. Porque es factible que no haya empleo para todos, haciendo imprescindible conjugar los mecanismos de fomento del mayor nivel de empleo posible y de su reparto equitativo con la protección de los que no puedan desempeñar un trabajo retribuido, indisociablemente unida a la promoción y mejora de su ocupabilidad.

Expresión jurídica de tales objetivos, por cierto, que se compadece con el fundamento mismo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social desde su origen, no otro que generar equilibrios complejos y dinámicos entre la defensa del empleo y los derechos laborales y el eficaz funcionamiento del mercado de trabajo y de la economía en general, desplegando su marco de protección y sustitución de rentas de actividad sobre quienes se ven expulsados de ese perímetro de acción, por su incapacidad de respuesta individual a los desafíos que dicho mercado impone o por la propia incapacidad colectiva del sistema en su conjunto para absorber y ocupar a toda la población activa. Pero, en lo que ahora más importa, es destacable que nunca antes como en esta situación de pandemia se había hecho tan patente la potencialidad no solo reguladora e integradora del conflicto social de nuestro ordenamiento y soluciones jurídicas, sino sobre todo económica y aun financiera, a los fines de contrarrestar, con pretensiones de equidad y redistribución de cargas, las nefastas consecuencias económicas y sociales sobre los ciudadanos y el correlativo incremento de la brecha de desigualdad. Si alguna lección singular cabe extraer de este despliegue institucional, movido por la necesidad de incentivar la recuperación económica, salvar empresas y empleos y garantizar recursos a quienes se han visto más afectados por el parón o ralentización de la economía es que la Seguridad Social está soportando buena parte de la cuenta del desplome, a riesgo de agravar su ya severa situación presupuestaria, de modo que parece razonable exigir que los actuales apoyos sean posterior y justamente compensados con políticas fiscales progresivas y redistributivas que sufraguen y asuman como propio de la sociedad en su conjunto el colosal esfuerzo realizado, exigiendo mayores retornos de quienes más han recibido y mejor han sorteado los efectos de la crisis. Porque, en caso contrario, puede estarse tentado de neutralizar las actuales y futuras sobrecargas del sistema de Seguridad Social con ulteriores recortes en el mismo, susceptibles de transformarlo de modo progresivo, con mayor o menor aceleración, en un esquema protector de corte asistencialista impropio de un modelo social consolidado como el que reconoce nuestra CE y la UE en que nos integramos, consagrando la protección social como un derecho de ciudadanía.

Desde otro prisma, lo anterior también traduce en el ámbito laboral, reciente y precisamente, la actualización del controvertido pero irreversible paradigma de la «flexiseguridad», que propone una política pública proactiva, que combine una mayor flexibilidad de las empresas en la adopción de decisiones organizativas más acomodables a las cambiantes necesidades económicas y productivas, con una alta protección social de los desempleados y desocupados, víctimas de estos procesos flexibles a los que, además, se garantiza mayor empleabilidad mediante la formación, recualificación y especialización profesional a lo largo de la vida, que asegure su adaptabilidad continua e incremente sus posibilidades de reinserción laboral (1). Si se observa, la aplicación de esa política se ha hecho patente durante la pandemia, mostrando quizá un camino sin retorno llamado a permanecer cuando se desenvuelva la «nueva normalidad»; neologismo que, en el fondo, viene a reconocer que, tras la pandemia, muchas realidades nunca volverán a ser lo que fueron. En lo que aquí interesa, la flexibilidad laboral durante la crisis sanitaria ha priorizado la suspensión de contratos de trabajo, como alternativa a las extinciones contractuales, con un sensible abaratamiento de costes laborales, básicamente mediante la exención o bonificación de cuotas empresariales a la Seguridad Social de los empleos suspendidos, ligada a la protección por desempleo de los trabajadores individualmente afectados, incluidos sujetos extramuros de este marco protector (autónomos, personal al servicio del hogar familiar) o que no cumplieran los estrictos requisitos de acceso o mantenimiento de esta protección (contratados temporales sin cotizaciones suficientes a su extinción, fijos discontinuos, perceptores de prestaciones ya agotadas, entre otros). Modelo que, tratando de mantener la economía en situación de hibernación hasta su previsible reactivación tras la pandemia, protegiendo y otorgando confianza a quienes ven disminuidos sus ingresos por la parálisis económica, se ha valido casi siempre de instituciones ya previstas aunque reformuladas en su régimen jurídico para responder a una situación excepcional pero temporal, aun de duración incierta, sin perjuicio de que, a la vista de lo duradero de sus consecuencias, quepa concluir que algunas de estas nuevas fórmulas aplicadas para la emergencia habrán de mantenerse y aun ampliarse, pasando de ser puramente transitorias a estructurales, por su eficaz respuesta a situaciones críticas. Tal es el caso, más allá del desempleo, del Ingreso Mínimo Vital (en adelante, IMV) nacido al albur de la crisis pandémica que, aun tratándose de una técnica previa y largamente comprometida, habrá de acompañar estable y regularmente a los grupos más vulnerables a quienes las exigencias del mercado de trabajo dejan en situación de exclusión laboral previsiblemente definitiva o prolongada.

Esta crisis, frente a la más reciente de 2008 de gran impacto también sobre el empleo y la actividad económica, ha demostrado la posibilidad de mitigar sus más nocivas consecuencias mediante políticas públicas de contención de la destrucción

(1) Sobre el significado del concepto y su contenido, por todos, VALDÉS, F. y LAHERA, J., *La flexiseguridad laboral en España. Documento de Trabajo 157/2010*, Fundación Alternativas (puede verse en http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/actividades_descargas/13d5544d20194d2868816d770407da8e.pdf); M. OJEDA y M. GUTIÉRREZ, «La flexiseguridad como paradigma de las políticas de empleo en Europa: revisión crítica», *THÉMIS-Revista de Derecho*, 2014, n.º 65, pp. 41-51 (puede consultarse en <file:///C:/Users/YV.5014185/Downloads/Dialnet-LaFlexiseguridadComoParadigmaDeLasPolíticasDeEmple-5078195.pdf>). Y sobre su articulación en esta crisis sanitaria, J. LAHERA, «Flexiseguridad laboral ante la crisis del coronavirus», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2020, n.º 4, pp. 419-429.

de empleo, de subsistencia de las empresas y de amortiguación de sus efectos sobre los colectivos más perjudicados, pero también ha exhibido los problemas estructurales de nuestro tejido productivo y mercado laboral y, desde luego, ha evidenciado la debilidad del sistema ordinario de protección social. De ahí que, como se adelantaba, sea obligado transitar desde la excepcionalidad y carácter coyuntural con que se ha manifestado en este período crítico hacia una vocación de permanencia y estabilidad. La finalidad es actuar en este ámbito con un modelo más proactivo y preventivo que reactivo o puramente defensivo, más sistémico que contingente, capaz de anticipar fórmulas estables de garantía de un nivel mínimo de ingresos que protejan a modo de red de seguridad las contingencias transitorias o definitivas de los ciudadanos incapaces de superar por sí mismos sus estados de necesidad. Ello representa una extraordinaria inversión pública que viene a dar al traste con la recurrente pretensión de muchas instituciones nacionales y supranacionales de gobernanza económica de recortar el calificado como insostenible y descompensado gasto social de los sistemas públicos de protección, de suerte que el indeseable campo de pruebas que al efecto ha representado la pandemia a nivel global ha constatado que toda crisis económica lleva aparejada una dimensión social que impone diálogo coherente e igualitario entre política económica y social, impulsando la necesidad de una acción política y normativa ambiciosa en materia de empleo y protección social, al tiempo que resulta imprescindible asumir el coste de esta función social de los Estados, con una reforma estructural profunda y ambiciosa que opere a modo de eficaz dispositivo amortiguador de las necesidades de quienes pierden su empleo o su actividad profesional en el tránsito hasta su recuperación (desempleo) y de quienes, por condiciones diversas, previsiblemente no lo van a recuperar (rentas vitales). En definitiva, política anticíclica restauradora de equilibrios y compensadora de la inexistencia o pérdida de ingresos salariales, fruto de las patologías de nuestro mercado de trabajo, y garante del principio redistributivo propio de una sociedad democrática. Ello involucra de forma muy singular, de un lado, a la protección por desempleo y al cese de actividad de los autónomos, por su puntual sustitución de rentas salariales o profesionales perdidas y por su conexión con la búsqueda activa de empleo, que no es solo responsabilidad individual del parado; de otro, al IMV, el avance más ambicioso en pos de la universalización de la protección social de los ciudadanos, dirigido a garantizar recursos de subsistencia en situaciones de vulnerabilidad económica, que coadyuva a mejorar la inclusión social, pero también laboral de los beneficiarios, por su previsión de incentivos al empleo.

Así, la Seguridad Social se echa a la espalda el ingente coste económico y social de la crisis, aun a expensas de romper su esencial cualidad de contributividad, ya vía expansión de su contenido protector, ya vía reducción de sus ingresos por exoneración, bonificación o aplazamiento de cotizaciones, virando su usual propósito de los últimos años de contención del gasto, traducido en recorte de sus prestaciones y endurecimiento de acceso y mantenimiento de las mismas, para ejercer ahora de imprescindible agente de solidaridad y redistribución. Objetivo que afectaba incluso al desempleo, aun cuando esta rama protectora, a diferencia de la propia de las pensiones, gozaba de un nada desdeñable y consolidado superávit, solo atado en su libre disposición a efectos de extender su virtualidad compensadora de estados de necesidad bien contrastados en una situación de paro casi siempre insoportable por el principio de unidad presupuestaria con el resto del

sistema protector estatal, asegurando trasvases anuales a otras ramas deficitarias. Al tiempo, el despliegue de ese escudo protector y consecuente asunción de gasto como nunca antes se había actualizado, sobre cumplir esa indispensable función de cohesión social, así como de protección de los más vulnerables –y ética, de garantía de su dignidad– actualiza igualmente la virtualidad de la Seguridad Social para ejercer un papel dinamizador de la actividad económica, mediante la reducción de costes para las empresas (ahora socializados) y de atribución de rentas a los inactivos hasta la recuperación progresiva del empleo, capaces de activar el consumo y los mercados.

En definitiva, la pandemia ha servido de ensayo general de políticas renovadas para enfrentarse a retos viejos y recientes, respondidos usualmente con requerimientos de autorregulación y no intervencionismo estatal que hoy han quedado plenamente descartados. Por el contrario, en esta ocasión han emergido valores y estrategias alternativas que reconocen la virtualidad del gasto e inversión públicos, como fuente de reequilibrio económico y creación de riqueza, que exigirá después, desde luego, una reasignación de los costes socializados con una lógica distributiva.

II. PROTECCIÓN POR DESEMPLEO, DE SU ENFLAQUECIMIENTO PROGRESIVO A SU FORTALECIMIENTO EN PANDEMIA (¿Y DESPUÉS?)

Entre las muchas técnicas de Seguridad Social excepcionadas o corregidas en la pandemia para atender la situación de emergencia económica y social cobra especial relevancia la protección por desempleo que, aun extendiendo de forma progresiva su tasa de cobertura en los años inmediatamente anteriores a esta crisis –no, en general, su contenido protector (2)–, ha visto ahora ampliados temporalmente de modo extraordinario sus potenciales beneficiarios –no solo trabajadores por cuenta ajena en diversas circunstancias, sino también autónomos con cese total o parcial de actividad y personal al servicio del hogar familiar–, ha reducido la exigencia de las condiciones de acceso a las prestaciones, ha modificado igualmente su cuantía y períodos máximos de percepción y ha facilitado, además, la tramitación y gestión que asegure el más ágil reconocimiento y abono de la prestación, evitando que el retraso en la solicitud afectara a su íntegro disfrute. Todo ello ha propiciado el despliegue de una potente protección, aun de carácter coyuntural y, sin duda, muy compleja, incidiendo en la ya intrincada estructura formal y material de la acción protectora por desempleo en nuestro sistema, que reclama, incluso con mayor intensidad que antes, un rediseño del régimen protector, en especial, en su nivel asistencial, pendiente además de reformulación en estrecha relación con el IMV. Se trataría de articular un sistema coherente de protección, además íntima-

(2) A salvo la producida por el art. 1 RDL 8/2019, que rebaja de 55 a 52 años la edad de quienes, agotadas sus prestaciones contributivas, pueden acceder al desempleo asistencial con duración hasta la edad ordinaria de jubilación, mejorando las cotizaciones del SEPE durante el período subsidiado y considerando solo las rentas del beneficiario, no de la unidad familiar. Y la ligada a COVID-19, relativa al denominado «contador a cero», que permite no consumir prestaciones mientras se perciben en situación de ERTE (art. 25 RDL 8/2020, y prórrogas sucesivas).

mente ligado a la empleabilidad, que sigue constituyendo la asignatura pendiente de la protección de este riesgo social que, también en pandemia, ha obviado en buena medida la formación para el empleo como componente imprescindible en la adaptabilidad del mercado de trabajo y sus potencialidades para recuperar el empleo y reactivar la economía, sin perjuicio de la previsión contenida en la DA 3ª RDL 30/2020, que declara a las personas trabajadoras que se encuentren en situación de suspensión de contrato o de reducción de jornada como consecuencia de un expediente de regulación temporal de empleo colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral.

La regulación aluvional que siempre ha impactado sobre esta contingencia, normalmente a golpe de crisis, y que, con el paréntesis de la pandemia, ha ido enflaqueciendo de forma progresiva y sensible su ámbito de protección, a menudo ha ignorado que el riesgo social protegido, sobre atender al estado de necesidad del beneficiario individualmente considerado, trasciende su situación personal puntual para integrar factores socioeconómicos difícilmente superables desde la exclusiva perspectiva de los desocupados. El alto nivel de desempleo que padecemos no es responsabilidad de aquellos, sino reflejo de la insuficiente e ineficaz política de empleo, así como del deterioro y falta de adaptación de un mercado de trabajo, a cuya incapacidad se ha respondido, en general, con la progresiva expulsión del ámbito de cobertura de esta acción protectora de sujetos, carentes de los cada vez más exigentes requisitos de acceso al nivel contributivo (3), atenuado con su trasvase al nivel asistencial que, a modo de «colchón» o «coche escoba» menos garantista, atiende a colectivos crecientes y en situación de mayor vulnerabilidad. Es decir, prevalecían criterios de reducción del coste a medida que se incrementaban las necesidades protectoras. Ello hubiera reclamado ya, frente a respuestas parciales y coyunturales al grave problema estructural del desempleo, una solución integral y coherente con los principios de un Estado social, más proactiva en su intensa interacción con la realidad económica y social. Ha sido esta crisis sanitaria la que, por primera vez, ha posibilitado superar ese esquema tradicional, respondiendo justamente con técnicas opuestas a las precedentes, en coherencia como nunca con la consideración del desempleo como un riesgo social de gran impacto, con interrelaciones dentro y fuera del sistema de Seguridad Social, cuya intrínseca naturaleza suma a la exigible suficiencia protectora de un estado de necesidad individual el desenvolvimiento de un servicio público interconectado con las políticas activas de empleo, las propuestas de pleno empleo, la regulación institucional del mercado de trabajo y, en fin, la política económica del Estado Social. Todo ello con una movilización excepcional de gasto público (4), que evidencia cómo cabe res-

(3) Sobre la valoración general del modelo de protección por desempleo, su construcción aluvional y cobertura decreciente y algunas paradojas de su régimen jurídico, *vid.* más ampliamente VALDEOLIVAS, Y., «Título III Protección por desempleo», en VV.AA., *Ley General de Seguridad Social. Comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina*, (Dir. L. E. de La Villa), Colex, Madrid, 2004, pp. 795 a 966, espec. pp. 798 y ss.

(4) Se estima, según fuentes del SEPE, que el coste en prestaciones de desempleo se ha duplicado en pandemia, superando los 38.000 millones de euros desde abril de 2020 a marzo de 2021, destinados en su mayor parte no a parados en sentido literal, sino a trabajadores afectados por ERTE, a efectos de contener la previsible destrucción de empleo tan habitual en situaciones de crisis económica. De hecho, el SEPE, normalmente con superávits, registró en 2020 un déficit de 14.343 millones por

ponder de forma tan divergente a realidades equiparables en su afectación sobre el empleo, protegiendo no solo la actual situación de vulnerabilidad sino el riesgo objetivo de exclusión laboral y social y consecuente pobreza de los ciudadanos. Sin perjuicio de que parte de ese gasto, en una opción discutible, como se anticipaba, se haya hecho a costa de desafectar temporalmente la cuota de formación profesional, dedicada provisionalmente a financiar cualesquiera prestaciones de desempleo (5), contrariando el carácter de tal aportación como ajena a cuotas de la Seguridad Social y solo dirigida a mejorar la empleabilidad y contratación laboral de los desempleados. Tal hecho, sobre ignorar la competencia autonómica de las políticas financiadas con esos fondos, desvía una partida imprescindible para el desarrollo de acciones formativas encaminadas a la posterior recuperación de los niveles de empleo, cuya actualización resulta igualmente esencial en la reactivación económica y la empleabilidad de los desocupados. Es de esperar, pues, que en fase de normalización tras la pandemia los poderes públicos prioricen la formación para el empleo como un capítulo esencial para corregir los desajustes de nuestro mercado de trabajo, activando una estrategia integral de formación permanente a lo largo de la vida que coadyuve a estimular la capacitación profesional y la reorientación hacia las competencias exigidas por la nueva economía, en las reiteradas disciplinas STEM y otras humanísticas y lingüísticas deficitarias también en nuestro sistema, en estrecha relación con las demandas del mercado de trabajo.

1. PROTECCIÓN (EXTRAORDINARIA) POR DESEMPLEO EN EL TRABAJO POR CUENTA AJENA

Durante el periodo de más de año y medio que perduran los efectos económicos y sociales de la pandemia, se ha arbitrado una protección excepcional en materia de desempleo que, aun no denominada expresamente de extraordinaria –así se califica en el caso del cese de actividad–, realmente lo es, porque la prestación representa una verdadera contingencia *ex novo*, a la vista de las inusuales reglas aplicables; prestación o, por mejor decir, prestaciones, porque la protección se concreta en plurales fórmulas, en función de los perfiles de los diferentes sujetos protegidos, aun con elementos comunes. En efecto, el artículo 25 RDL 8/2020, punto de arranque de esta acción protectora excepcional, evidencia esos aspectos extraordinarios, permitiendo acceder a la situación protegida (básicamente, desempleo por suspensión del contrato o reducción de jornada por ERTE COVID, luego ampliada a otros presupuestos causales) aun careciendo el beneficiario del período mínimo de 12 meses de cotización exigido con carácter general. Ello quiebra el

el aumento del gasto en prestaciones sociales en un 92,1% (17.374 millones más), hasta los 36.234 millones. Y durante 2020, el incremento en 31.276 millones experimentado por las prestaciones sociales, 21.520 millones corresponden a prestaciones directamente asociadas a medidas COVID: ERTE y subsidios de desempleo relacionados con la pandemia, prestación extraordinaria por cese de actividad de autónomos y prestación de incapacidad temporal por periodos de aislamiento (<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/hacienda/Paginas/2021/290321-ejecuci-n-2020.aspx>).

(5) Cfr: la DA 7ª RDL 12/2020. Además, se han suspendido durante la pandemia todas las actividades en las entidades formativas en materia de formación profesional para el empleo, impartida en modalidad presencial o en la parte presencial de la modalidad de teleformación (más ampliamente, <https://www.sepe.es/HomeSepe/COVID-19/medidas-COVID-19.html>).

principio de contributividad, reconocible incluso en el nivel asistencial del desempleo, ligado a la carencia de rentas que, de nuevo, ahora se elude. Al tiempo, se garantiza, en condiciones más favorables que la protección ordinaria, el derecho de reposición de una futura prestación de desempleo, no afectada por el período consumido por causa COVID (6), subsistiendo, además, la obligación de cotizar para evitar perjudicar prestaciones futuras.

Efecto de reposición que constituye, junto a la sucesiva amplificación de la situación legal de desempleo, la principal singularidad protectora y la más afectada por disposiciones sobrevenidas, en cabal correspondencia con la incorporación de nuevas situaciones protegidas y, por ende, nuevos sujetos beneficiarios. Si el RDL 8/2020 no fijaba límite temporal de su aplicación, presuponiendo una afectación de la pandemia más limitada en el tiempo que lo demostrado después, el artículo 8.7 RDL 30/2020, con carácter general, fijó el término de ese efecto a 30 de septiembre de 2020, dejando a salvo las prestaciones iniciadas antes de 1 de enero de 2026 y, con el fin de proteger a quienes se consideran desempleados más vulnerables, a quienes accedan a un nuevo derecho antes del 1 de enero de 2022 por finalización de un contrato temporal o despido, individual o colectivo, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ETOP) o, en fin, despido por cualquier causa declarado improcedente. Lo que preservó en sus mismos términos, como el resto de la protección por desempleo analizada, el artículo 4 RDL 2/2021 hasta la nueva fecha de 31 de mayo de 2021, ulteriormente prorrogado hasta 30 de septiembre de 2021 por el artículo 4 RDL 11/2021, que traspone el ya V Acuerdo Social en Defensa del Empleo, a la vista de la probada dificultad de recuperación de la normalidad productiva en un entorno todavía de máxima incertidumbre, en especial, en determinadas actividades económicas.

En suma, en su previsión original, lo excepcional de esta protección de desempleo reside en los aligerados requisitos de acceso (exención de periodos de carencia) y la exclusión del efecto «contador a cero», no en la causa determinante de la situación legal de desempleo, vinculada a la declaración de ERTE y reconocida a todos los trabajadores afectados por él, extendida a su vez a los trabajadores no activos (sin alta real) pero asimilados al alta al momento de su adopción cuando tuvieran que reincorporarse (incluidos en ERTE prepandemia u otras situaciones suspensivas del contrato de trabajo con derecho a prestaciones de la Seguridad Social, por ejemplo). Recuérdese que la medida de ERTE por suspensión o reducción de la jornada de trabajo constituye situación legal de desempleo ordinario [art. 267.1.b).1º LGSS], aunque es claro que su acreditación causal posee ahora una extensión sin precedentes, espejo de la propia previsión expansiva de la causalidad del ERTE COVID. Así, las diferentes vicisitudes por las que ha transitado esta figura, extendida hasta reconocerse hoy más de una docena de tipos específicos (por fuerza mayor, en sus diferentes versiones impeditivas o limitativas de la acti-

(6) No se trata de una absoluta novedad porque, al margen de su mucho más intensa utilización durante la pandemia, el art. 3 Ley 27/2009, también en un contexto de grave crisis económica, contempló el derecho de reposición de la duración de la prestación por desempleo contributivo por el mismo número de días de percepción del desempleo total o parcial, si bien con un límite máximo de 120 días, ampliamente superado ahora y no sometido a más límite temporal, salvo expresas excepciones para supuestos contemplados en normas posteriores al RDL 8/2020, que la duración de la propia causa justificativa de la protección.

vidad, por causas ETOP y de tránsito de unas a otras, con y sin exoneración de cuotas empresariales), ha ido incrementando, en coherencia, el radio de acción de la protección, así como su duración, mantenida hasta la fecha. En lo relativo a su cobertura subjetiva sí reconoce la contingencia una protección realmente novedosa, asociada a los más favorables requisitos de acceso, contenido protector y duración, dada su progresiva extensión a colectivos originalmente ignorados, pero en posición equiparable a los expresa e inicialmente previstos, alejados ya del presupuesto de ERTE COVID que, con todo, sigue siendo la causa más numerosa.

Por ordenar la prolija y aluvional regulación relativa a los sujetos protegidos y al contenido de la prestación extraordinaria, cabe identificar los siguientes supuestos:

1) Trabajadores por cuenta ajena activos afectados por ERTE COVID de suspensión o reducción de jornada, incluidos los socios trabajadores de cooperativas y sociedades laborales que cotizaran por desempleo, así como los trabajadores en situación asimilada al alta sin posible reincorporación al trabajo, finalizada tal circunstancia, por quedar afectados al ERTE. En este caso, como en los que siguen, salvo que se señale otra regla específica, la cuantía de la prestación equivale al 70% de la base reguladora durante todo el tiempo de percibo, calculada por el promedio de las bases de los últimos 180 cotizados o, en su defecto, del periodo de tiempo inferior, inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo, prestado en la relación laboral afectada por la circunstancia extraordinaria que provoca directamente la suspensión del contrato o reducción de jornada. Cuantía sujeta a los topes máximos y mínimos aplicables con carácter ordinario y cuya duración coincide con la de su causa justificativa, el reiterado ERTE COVID (7). Aunque la previsión original obvió tal aspecto, es destacable que a la protección se vino a sumar otro elemento más garantista que en la prestación ordinaria de desempleo, al mantener su cuantía a lo largo del periodo de disfrute, excluyendo la sustitución del porcentaje del 70%, por el del 50% pasados los 180 primeros días de percepción (8). Además, recuérdese que, hasta el 30 de septiembre de 2020, se producía la deducción sobre la cuantía de las prestaciones reconocidas de la parte proporcional a las horas trabajadas en otros empleos mantenidos, excepcionada a partir de esa fecha, reconociéndose a los afectados por esa deducción derecho a una compensación económica en un solo pago, a solicitar hasta el 30 de junio de 2021 (9).

2) Trabajadores con contrato fijo discontinuo o con trabajos fijos y periódicos que no pudieron retomar su actividad en las fechas previstas por falta de llamamiento como consecuencia del COVID, sin el periodo cotizado necesario para acceder a dicha prestación o que, aun con ocupación cotizada suficiente, no estuvieran en situación legal de desempleo (ordinario). A ellos se sumaron los que, ya incorporados, vieron interrumpida su prestación de servicios por idéntica causa, pasando a ser beneficiarios de la prestación por desempleo, pudiendo volver a percibirla, con un límite máximo de 90 días, de encontrarse en situación legal de desempleo, en cuantía igual a la de la última mensualidad de la prestación contri-

(7) *Cfr.* el art. 25 RDL 8/2020.

(8) *Cfr.* el art. 8 RDL 30/2020. Esta protección se halla hoy prorrogada hasta 30 de septiembre de 2021 en los mismos términos que la norma recién citada preveía hasta 31 de enero de 2021, también extensiva de los plazos iniciales (art. 4 RDL 11/2021).

(9) *Cfr.* el art. 12 RDL 30/2020.

butiva percibida o, en su caso, a la cuantía mínima de la misma; en este caso, la determinación del período de previsible actividad laboral se estima por el tiempo efectivamente trabajado el año anterior en base al mismo contrato o, caso de ser el primer año de actividad, conforme a los periodos ocupados por trabajadores de la empresa comparables. Asimismo, estos trabajadores de temporada perceptores de prestaciones por desempleo (ordinario) que acrediten por el impacto del COVID no haber podido reincorporarse a su actividad en la fecha prevista, al margen de aplicarse igualmente el derecho de reposición, no verán suspendida la prestación o subsidio que vinieran percibiendo y, de haberla agotado con cotizaciones suficientes para una nueva prestación contributiva, acreditarán la situación legal de desempleo con la certificación empresarial (10). Junto al derecho de reposición, es destacable el reconocimiento como trabajado de los periodos durante los cuales se percibió la prestación extraordinaria de desempleo (11).

3) Empleados de hogar despedidos o que dejaron de prestar total o parcialmente su actividad con carácter temporal a fin de reducir el riesgo de contagio, por causas ajenas a su voluntad, en uno o varios domicilios (12), percibiendo una prestación extraordinaria del 70% de la base reguladora, calculada conforme a la base de cotización correspondiente al mes anterior al hecho causante, en cuantía máxima equivalente al importe del SMI, excluidas dos pagas extraordinarias y con una duración máxima hasta 21 de julio de 2020, fecha a partir de la cual no caben solicitudes de este tipo. En todo caso, esta protección extraordinaria está llamada a consolidarse de ratificarse el Convenio 189 de la OIT, que España tiene pendiente, mostrando este colectivo de alta precariedad y vulnerabilidad una injustificada desprotección ordinaria.

4) Trabajadores afectados por finalización de su contrato temporal, de al menos dos meses de duración, aun cuando la extinción del contrato tuviera lugar con anterioridad al 2 de abril de 2020, fecha de entrada en vigor del RDL 11/2020 que lo prevé, y siempre que se produjera con posterioridad a la declaración del estado de alarma. La prestación, que no puede solicitarse desde el 21 de julio de 2020, equivale al 80% del IPREM, en una única mensualidad (13), y presupone la carencia de ingresos al declararse incompatible con la percepción de renta mínima o de inclusión, salario social o ayudas análogas, lo que acerca la protección al nivel asistencial del desempleo, aun incorporando excepcionalmente un nuevo supuesto acreditativo del estado de necesidad. Por ello, este perfil de trabajador, tristemente abundante en nuestro marcadamente dual y precarizado mercado de trabajo, recomienda repensar tras la pandemia su necesidad estructural que, implicando un gran incremento del coste del desempleo, avala una renovada formulación de esta contingencia en relación con el IMV y un estudio global de las medidas necesarias para disminuir la temporalidad, especialmente aflictiva de determinados grupos de activos, como los jóvenes.

(10) *Cfr.*: la DA 8ª. Tres RDL 15/2020. Por su parte, la DA 2ª RDL 2/2021 establece el acceso a la prestación extraordinaria de quienes hayan sido beneficiarios de cualquiera de estas medidas, siempre que, una vez agotadas, continúen desempleados y sin derecho a percibir prestación por desempleo contributivo o asistencial, o la agoten antes del 31 de enero de 2021, u opten por renunciar a ella en favor de la prestación extraordinaria de desempleo.

(11) *Cfr.*: la DA 2ª RDL 32/2020.

(12) *Cfr.*: los arts. 30 a 32 RDL 11/2020.

(13) *Cfr.*: el art. 33 RDL 11/2020.

5) Trabajadores cuyo contrato se extinguió durante el período de prueba de un nuevo trabajo desde el 9 de marzo de 2020, con independencia de la causa extintiva de la relación laboral anterior, así como quienes lo resolvieron voluntariamente desde el 1 de marzo, por tener una oferta laboral en firme, no celebrándose finalmente el contrato por desistimiento de la empresa por COVID (14). Aunque el primero de los colectivos ya venía incorporado a la protección *ab initio*, solo accedían al derecho cuando el hecho causante se producía desde el 14 de marzo de 2020, fecha de entrada en vigor del estado de alarma, ampliándose, pues, en unos días el efecto retroactivo de la medida protectora, que también se aplica desde fecha anterior (1 de marzo) en el caso de desistimiento del trabajador, explicando el preámbulo de la norma este régimen excepcional para dar cobertura a personas en situación de especial vulnerabilidad por ver defraudadas sus expectativas y frustrado su esperado nuevo trabajo.

6) Trabajadores desempleados que agotaron su prestación por desempleo entre el 14 de marzo de 2020 y el 30 de junio de 2020, sin derecho a ningún otro subsidio, renta activa de inserción o protecciones análogas, si carecen de ingresos propios superiores al 75% del SMI y acreditan responsabilidades familiares y carecer de rentas en la unidad familiar, sin exigencia del cumplimiento del mes de espera que es común en el desempleo asistencial al que se asemeja en fundamento, aun con requisitos menos estrictos. La prestación, a solicitar una única vez, equivale al 80% del IPREM y dura un máximo de 90 días (15).

7) Artistas en espectáculos públicos no afectados por ERTE COVID, aun sin alta o situación asimilada al alta y sin derecho a una prestación de desempleo ordinaria, quienes pueden acceder a una prestación extraordinaria de desempleo (70% de la base reguladora, calculada por la base de cotización mínima vigente en el grupo 7 de cotización del RGSS) de hasta 120 días, de acreditarse entre 20 a 54 días cotizados en el año anterior, y de hasta 180, con 55 o más días cotizados. La prestación se suspende mientras el titular del derecho realiza un trabajo por cuenta propia o ajena, reanudándose finalizado el mismo por el tiempo que reste del período de percepción que corresponda; previsión que permite atender a la intermitencia de la actividad artística que dificulta la acreditación de los períodos de carencia comunes sin desincentivar el desarrollo de actividades profesionales esporádicas. Aunque se previó el acceso a tal protección por una única vez, su posterior modificación permitió una nueva solicitud (16). El RDL 11/2021 amplía el derecho a esas prestaciones extraordinarias por desempleo a los artistas que no hubieran accedido a ellas con anterioridad y, en el periodo comprendido entre el 11 de junio de 2020 y el 31 de mayo de 2021, acrediten 5 días de alta en la Seguridad Social con prestación real de servicios en la actividad, considerándoles en situación legal de desempleo y con el mínimo de cotización cubierto, de no percibir u optar por la prestación contributiva por desempleo ordinaria. Igualmente, se amplía el espacio temporal para acreditar el período de ocupación cotizada del personal técnico y auxiliar para facilitar su acceso a la prestación extraordinaria (DF 2ª RDL 11/2021).

(14) *Cfr.* el art. 22 RDL 15/2020.

(15) *Cfr.* el art. 1 RDL 32/2020.

(16) *Cfr.* el art. 2 RDL 17/2020, modificado por la DF 12ª RDL 19/2020, ampliado por el art. 2 RDL 32/2020 para abrir esa nueva solicitud y nuevamente prorrogada su duración hasta 31 de mayo de 2021 por la DA 6ª RDL 2/2021 y hasta 30 de septiembre de 2021 por DF 2ª. Uno RDL 11/2021.

8) Trabajadores que hayan prestado sus servicios temporalmente por cuenta ajena como personal técnico o auxiliar indispensable para los espectáculos y actividades culturales, de hallarse inscritos en los servicios públicos de empleo y contar con al menos 35 días cotizados en el año anterior, excluidos los que sirvieron, en su caso, para acceder al desempleo ordinario. La prestación equivale al 80% del IPREM por una única vez y durante un máximo de 90 días, compatible con la actividad por cuenta ajena a tiempo parcial, descontado proporcionalmente de su cuantía el tiempo trabajado (17).

9) Profesionales taurinos sin alta o situación asimilada de haber cotizado el mínimo previsto para la prestación contributiva ordinaria, o aun sin cotización de encontrarse inscritos en el correspondiente censo de activos a 31 de diciembre de 2019. La prestación es igual al 70% de la base reguladora, equivalente a la base de cotización mínima vigente por contingencias comunes del grupo profesional 7 de cotización del RGSS, extinguiéndose inicialmente a 31 de enero de 2021 y prorrogado ahora hasta 30 de septiembre de 2021, cualesquiera sean a esa fecha los días de derecho consumidos y no constituyendo la extinción agotamiento de una prestación contributiva, que es requisito de acceso al nivel asistencial. En este caso, la prestación es compatible con actividades por cuenta propia o ajena, suspendiéndose su abono y reanudándose una vez finalizado el trabajo por el período que reste de percepción (18).

Aun sin detenerse por razonables motivos de extensión del estudio, baste citar, en fin, la existencia de otras reglas especiales dirigidas a excepcionar el cumplimiento de ciertos requisitos formales de solicitud de determinadas prestaciones (solicitudes de prórroga de los subsidios ordinarios tras seis meses de percepción o declaración anual de rentas de mayores de 52 años perceptores del subsidio de prejubilación), evitando la denegación de las mismas, así como de compatibilidad de las prestaciones extraordinarias con la actividad en el sector agrario (19).

Lo expuesto ilustra el inmenso despliegue protector de la pérdida temporal o definitiva del empleo por causas relacionadas con la pandemia, con sucesivas incorporaciones de colectivos que se estiman igualmente vulnerables y dignos de tutela, advirtiendo también, desde su propia complejidad, sobre la necesidad de reforzar nuestro modelo ordinario de protección social del desempleo, que ha sido insuficiente para anticipar los estados de necesidad en crisis económicas previas, graves y recurrentes y para asegurar estándares protectores de carácter común y estructural, con fuentes de financiación regulares, que eviten desarrollos normativos *ad hoc*. A estos efectos, cabe proponer una lógica que permitiera el acceso futuro a prestaciones extraordinarias de desempleo prefijadas y estables, en una nueva modalidad de socialización de las situaciones de necesidad generalizadas, cuando se acrediten determinados parámetros económicos demostrativos de una crisis económica y social requerida de un refuerzo protector, tales como elevadas tasas de paro, temporalidad/parcialidad, caída de afiliaciones, total o sectoriales u otros significativos, en diálogo coherente con el IMV y, desde luego, ligado a la activación de la empleabilidad. En este sentido, hay que insistir en la prioridad de conjugar políticas pasivas y activas de

(17) Cfr: el art. 3 RDL 32/2020 y con vigencia hasta 30 de septiembre de 2021, *ex DF 2ª RDL 11/2021*.

(18) Cfr: el art. 4 RDL 32/2020 y DF 2ª RDL 11/2021.

(19) Cfr: los arts. 26 y 27 RDL 8/2020 y RDL 13/2020, respectivamente.

empleo (protección por desempleo y formación y recualificación profesional, respectivamente) para acelerar las transiciones del mercado de trabajo y preparar a los activos con competencias profesionales apropiadas en la recuperación de la crisis, así como para contener, en especial, los efectos del desempleo prolongado o sobre grupos bien identificados tan tristemente característicos de nuestro país, en los que la descualificación y pérdida de habilidades para el empleo supone una debilidad preocupante (20). La orientación personalizada hacia el empleo y el desarrollo de trayectorias profesionales individuales por parte de los servicios de empleo parecen estrategias imprescindibles al efecto.

El desafío de la pospandemia será identificar de forma ágil e intervenir de modo eficaz sobre la parte de desempleo que va a convertirse en estructural y difícil de reactivar hacia la reincorporación al mercado laboral, porque nuestro sistema de protección de dicha contingencia, mejorable, puede resultar suficientemente protector de las personas ocupadas y entre empleo y empleo, pero, como ha ocurrido en tiempo de COVID, acrece la brecha entre los que tienen empleo y los que se sitúan fuera del empleo, remarcando la inveterada dualidad de nuestro mercado de trabajo y agravando la situación de mujeres, jóvenes y parados de larga duración. Hay activos, pues, susceptibles de quedarse atrás, porque, careciendo de protección por desempleo o agotándola, no encuentran herramientas para satisfacer su búsqueda activa de empleo, exigiendo protección fuera de este marco, a través de rentas de inserción o mínimos vitales que, con todo, debieran coonestarse con políticas activas dirigidas a su empleabilidad, para no darles por perdidos para el trabajo pese a sus singulares dificultades.

2. PROTECCIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD (EXTRAORDINARIA) EN EL TRABAJO AUTÓNOMO

El cese de actividad de los trabajadores autónomos del RETA o del RETMar (y socios de cooperativas de trabajo asociado, asimilados a estos efectos) ha cobrado un particular protagonismo protector durante la crisis sanitaria, resultando una pieza esencial para evitar la destrucción de empresas y empleo, siendo además la primera de las medidas extraordinarias adoptadas en el ámbito del desempleo (21). Su duración, prevista inicialmente hasta la terminación del estado de alarma, se extendió primero hasta el 31 de mayo de 2021, si bien con modificaciones en su contenido desde el 1 de febrero de 2021, conforme a lo dispuesto en el RDL 2/2020, según se verá, prorrogándose después hasta 30 de septiembre de este mismo año, conforme al RDL 11/2021, por idénticas razones a las referidas para el desempleo.

Su carácter extraordinario reside en la exoneración del período mínimo de carencia de 12 meses para acceder a la prestación, la adecuación del concepto de cese de actividad, no limitada a la suspensión y extendida a los casos de reducción

(20) Alertando sobre esas debilidades y prioridades, véase el informe *Guidelines on Rapid Assessment of reskilling and upskilling needs in response to the COVID-19 crisis*, Ginebra, OIT, 2020 (https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_752822.pdf).

(21) La previsión del art. 17 RDL 8/2020 precede a la contemplada en esa misma norma sobre el desempleo de los trabajadores por cuenta ajena, dando idea de su carácter estratégico.

de la facturación en un 75% en el mes anterior a la solicitud respecto del semestre natural anterior a la declaración del estado de alarma, el derecho de reposición que permite tener por no consumidos y cotizados los períodos de percepción por causa COVID a efectos de futuras prestaciones por esta misma contingencia y, en fin, la exoneración durante su vigencia del pago de cuotas. No modifica, en cambio, la cuantía prestacional ordinaria, consistente en un 70% de la base reguladora, rellena, en caso de ausencia de cotizaciones suficientes para su cálculo, con la base de cotización mínima prevista en su régimen protector. Además, la prestación, tras la modificación producida por RDL 13/2020, se declara compatible con cualquier otra prestación de la Seguridad Social que el beneficiario viniera percibiendo y fuera compatible con el desempeño de la actividad que desarrollaba.

Dado lo extenso del período de aplicación de esta medida extraordinaria, objeto de sucesivas prórrogas (primero por RRDDL 13 y 24/2020), y considerando la progresiva recuperación de actividad durante la desescalada compatible con nuevas suspensiones de la misma en determinados sectores, así como con pérdidas de ingresos por la contracción de la demanda y las limitaciones sanitarias que impide su desarrollo normalizado, el Título II del RDL 2/2021 vino a extender las medidas mayoritariamente vigentes hasta 31 de enero de este año hasta un nuevo término, fijado primero a 31 de mayo de 2021 y ahora ampliado a 30 de septiembre de 2021, por RDL 11/2021, introduciendo en algunos casos, no obstante, modificaciones significativas en el régimen protector del cese de actividad. Así, desde el 1 de febrero, los autónomos podían acceder a la protección de cese de actividad, en un cuadro complejo y casuístico, por diversas modalidades, que responden a otros tantos perfiles del trabajo autónomo que se ha visto a su vez afectado, tras el cierre de este trabajo, por el aludido RDL 11/2021, cuya ordenación se incorpora en fase de corrección de pruebas:

1) Prestación extraordinaria de cese de actividad por suspensión de la misma mediante resolución de la autoridad competente de quienes no la vinieran percibiendo con anterioridad, durante el tiempo que permanezca suspendida dicha actividad y hasta el último día del mes en que se acuerde el levantamiento de las medidas o el 31 de mayo de 2021 si esa última fecha es anterior. Su cuantía equivale al 50% de la base mínima, incrementada en un 20% si el autónomo pertenece a una familia numerosa cuyos únicos ingresos provienen de la actividad suspendida, aunque el importe se reduce en un 40% si hay dos o más familiares convivientes hasta el primer grado de parentesco por consanguinidad o afinidad con derecho a esta prestación, que es compatible con rentas del trabajo por cuenta ajena si no superan 1,25 veces el SMI. Conforme a la DT 2ª RDL 11/2021, los autónomos en tales circunstancias que a 31 de mayo de 2021 estuvieran percibiendo esta prestación extraordinaria fruto del artículo 5 y DT 2ª RDL 2/2021 podrán pasar a percibir la contemplada en el art. 6 RDL 11/2021 durante el tiempo de suspensión de la actividad y hasta el último día del mes siguiente al levantamiento de las medidas o hasta el 30 de septiembre de 2021, si esta fecha es anterior, en los términos dispuestos en el apartado siguiente.

2) Prestación económica extraordinaria por cese de actividad a partir de 1 de junio de 2021 de quienes ven suspendidas todas sus actividades por resolución de la autoridad competente basada en medidas de restricción sanitaria o se mantengan tras dicha fecha las ya adoptadas previamente si se acreditan afiliación y alta de un mínimo de 30 días anteriores a la resolución suspensiva y, en todo caso, antes de su inicio

si se adopta la medida antes de 1 de junio y se está al corriente en el pago de cuotas (art. 6 RDL 11/2021). En este caso, la protección es equivalente a la recién señalada, un 70% de la base mínima, con idéntica reducción al 40% en caso de perceptores convivientes y régimen de compatibilidad con rentas del trabajo por cuenta ajena. La duración de esta nueva prestación alcanza hasta un máximo de 4 meses, extinguiéndose el último día del mes en que se acuerde el levantamiento de la medida o el 30 de septiembre de 2021 si esta última fecha es anterior, y sin reducir los períodos de prestaciones futuras. La prestación nace el día siguiente a la adopción de la medida de cierre o desde el 1 de junio de haberse iniciado con anterioridad, quedando obligado el autónomo a permanecer en alta, con exoneración de la obligación de cotizar pese a su consideración como período efectivamente cotizado.

3) Prestación extraordinaria para autónomos que no puedan acceder a la extensión de la prestación extraordinaria de cese de actividad del propio RDL 13/2020 (DA 4ª) u ordinaria (arts. 327 y ss. LGSS) por no acreditar los oportunos períodos de carencia (autónomos con tarifa plana –sin cotización por cese de actividad o con menos de 12 meses cotizados), siempre que carezcan de ingresos procedentes de la actividad por cuenta propia en el último trimestre del ejercicio 2020 superiores al SMI y prevean una reducción en los ingresos de la actividad por cuenta propia en el primer semestre de 2021 de al menos el 50% en relación a los del primer trimestre de 2020. En este caso, la cuantía de la protección es del 50% de la base mínima de cotización, con idéntica reducción del 40% si se convive con dos o más familiares en los términos antes referidos y con idéntico régimen de compatibilidad con ingresos derivados del trabajo por cuenta ajena.

4) Prestación por cese de actividad compatible con trabajo por cuenta ajena, siempre que quienes lo desarrollen prevean un 50% menos de ingresos en el primer semestre de 2021 en relación con el último semestre de 2019, unido a no haber obtenido durante el primer semestre de 2021 unos rendimientos netos superiores a 7.980 euros, y ya vinieran percibiendo esta protección o accedan a ella por vez primera. El carácter extraordinario de esta protección reside en hacer compatible el percibo de la prestación de cese de actividad con su continuidad parcial, existiendo, por ello, obligación de ingresar cotizaciones durante su vigencia. La cuantía equivale al 50% de la base mínima de cotización, compatible también con el trabajo por cuenta ajena si tales ingresos sumados a los obtenidos por cuenta propia no superan 2,2 veces el SMI, siempre que los procedentes del trabajo por cuenta ajena no excedan 1,25 veces el SMI. Por su parte, el artículo 7 RDL 11/2021 extiende esta prestación, a partir de 1 de junio de 2021, a los autónomos que la vinieran percibiendo a 31 de mayo sin agotar los periodos previstos en el artículo 338.1 LGSS, hasta el agotamiento del período pendiente de consumir o hasta el 30 de septiembre de 2021, siempre que durante el segundo y tercer trimestre de dicho año se produzca una reducción de ingresos de más del 50% de los habidos en el segundo y tercer trimestre de 2019, cuyo cálculo considera el periodo de alta en dichos trimestres comparados con los equivalentes de 2021.

5) Prestación extraordinaria de cese de actividad para autónomos que ejerzan actividad y vinieran percibiendo a 31 de mayo de 2021 la prestación prevista en el artículo 7 RDL 2/2021 y no pueden causar derecho a la prestación ordinaria de cese de actividad prevista en el artículo 7 RDL 11/2021 (art. 8 RDL 11/2021). El régimen, similar al precedente recién analizado, mantiene las condiciones básicas de acceso a la prestación e idéntica cuantía (50% de la base mínima con reducción

al 40% en caso de convivencia de perceptores), sin perjuicio de la modificación de los períodos económicos de referencia y la obligación de cotizar. En efecto, el autónomo ha de estar de alta y al corriente en sus cuotas desde antes de 1 de abril de 2020 (cabe la invitación al pago en caso contrario), no superar los 6.650 euros de rendimientos netos en el segundo y tercer trimestre de 2021 y, en fin, acreditar en dicho período ingresos inferiores a los habidos en el primer trimestre de 2020, cuyo cálculo toma en cuenta el primer trimestre de 2020 comparado con el segundo y tercer trimestre de 2021. La prestación se devenga a partir de 1 de junio de 2021, con una duración máxima de 4 meses, y es incompatible con retribuciones por cuenta ajena o propia o rendimientos de una sociedad, así como con otras prestaciones de la Seguridad Social, salvo las ya compatibles con la actividad que se desarrollaba. La prestación se extingue antes de su término cuando concurren los requisitos para causar derecho a la prestación del artículo 7 RDL 11/2021 o la ordinaria de los artículos 327 y ss. LGSS.

6) Prestación extraordinaria para autónomos de temporada, considerando tales a aquellos cuyo único trabajo a lo largo de los últimos dos años hubiera sido como autónomo durante los meses de junio a diciembre, aun estando de alta como trabajador por cuenta ajena en ese período si no alcanza los 120 días y no más de 60 durante el primer semestre de 2021, con ingresos inferiores a la mitad del SMI en el primer semestre de 2021. Se requieren cotizaciones entre 4 y 6 meses cada año durante 2018 y 2019 y que, en dicho período, se haya estado de alta dos meses en la primera mitad de cada año. La cuantía de la prestación, que dura 4 meses, equivale al 70% de la base mínima de cotización que corresponda por la actividad desempeñada, siendo incompatible con el trabajo por cuenta ajena o prestación derivada del mismo, salvo que fuera compatible con el desempeño de la actividad como trabajador por cuenta propia. No existe obligación de cotización durante su percepción. Este régimen se prorroga por el artículo 8 RDL 11/2021, de estarse al corriente en el pago de cuotas, siempre que exista alta de entre 4 y 7 meses en cada uno de los años 2018 y 2019, dos de ellos comprendidos entre junio y septiembre de esos años, no se haya estado de alta como autónomo más de 60 días durante el segundo y tercer trimestre de 2021 y no se hayan obtenido ingresos netos superiores a 6.650 euros. En tales condiciones, y solicitándose entre el 28 de mayo y el mes de agosto de 2021, se causa derecho a una prestación de cuantía equivalente a la recién señalada desde 1 de junio y de duración máxima de 4 meses.

7) Exención de cotizaciones a la Seguridad Social de los perceptores de prestaciones extraordinarias por cese de actividad de los artículos 6 y 7 RDL 2/2021 a 31 de mayo de 2021, equivalente al 90, 75, 50 y 25% en los meses de junio, julio, agosto y septiembre de este año, respectivamente, de mantenerse el alta hasta 30 de septiembre, incompatible con la percepción del cese de actividad en cualquiera de sus modalidades (art. 5 RDL 11/2021). La exención se aplica a los autónomos que agoten las prestaciones previstas en esta última norma y hasta el 30 de septiembre de 2021.

Lo expuesto evidencia una intensidad protectora del trabajo autónomo sin precedentes en nuestro sistema, que no se agota en el ámbito laboral con las prestaciones referidas, sino que utiliza también la técnica de la exención (decreciente) de cuotas, a la que se suman igualmente en este ámbito moratorias en las cotizaciones y aplazamiento del pago de deudas a la Seguridad Social de autónomos y

empresas (22). A la vista de los excelentes resultados que unánimemente se aprecian de esta prestación extraordinaria de cese de actividad y otras fórmulas de flexibilización de las obligaciones con el sistema público, que ha permitido salvar empresas de pequeña dimensión y mantener, por ende, el empleo ligado a ellas, es esperable también su estabilización o normalización para futuras situaciones de crisis en los términos anticipados para el desempleo.

III. OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN SOCIAL EN PANDEMIA

Junto a las disposiciones dirigidas a la preservación de la actividad económica y el empleo y de sustitución de rentas del trabajo suspendido, reducido o perdido (del trabajo por cuenta propia o ajena), la pandemia ha propiciado también la adopción de medidas adicionales no menos útiles que las antevistas para proteger situaciones de vulnerabilidad derivadas del COVID, aunque de muy inferior incidencia y, desde luego, menos protagonistas en la legislación laboral por causa del coronavirus.

Se hace referencia, de un lado, a la mejora de la incapacidad temporal (IT) de quienes contraen o pueden contraer o propagar la enfermedad, lo que, con independencia del estado de salud, impide el acceso al trabajo decidido por los servicios públicos de salud (23). La protección de esta contingencia afecta, pues, no solo a los trabajadores impedidos para trabajar a causa de contraer la enfermedad y hasta su recuperación, lo que coincidiría con la IT ordinaria, sino a quienes, aun no incapacitados laboralmente por su estado de salud, deben dejar de trabajar por razones de aislamiento preventivo, ya por estar contagiados sin síntomas, ya por contacto con contagiados, ya por medidas de confinamiento general de la población. Ello acerca estas últimas circunstancias a la IT ordinaria durante los períodos de observación por enfermedad profesional [art. 169.1.e) LGSS], que no presupone imposibilidad de prestar actividad laboral, pero recomienda el alejamiento del puesto de trabajo, aun con periodos más cortos, en este caso limitados a la cuarentena recomendada. Al margen de la ampliación de la causa justificativa de la IT, la principal singularidad reside en la consideración de esta enfermedad común como asimilada a accidente de trabajo a los solos efectos de la prestación económica, con el consiguiente incremento de su cuantía, que determina el percibo del salario completo del día de la baja a cargo del empresario, hubiere o no prestación laboral, y el abono del 75% de la base reguladora (en vez del 60% propio de la enfermedad común) desde el segundo día en adelante a cargo de la entidad gestora o Mutua que proteja las contingencias profesionales. Mejora económica que no obsta, por su consideración de enfermedad común, la exigencia del resto de los requisitos de aseguramiento propio de tal riesgo, esto es, alta y cotización de 180 días en los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante, salvo prueba de que el contagio tiene su causa exclusiva en la

(22) *Cfr.* los arts. 34 y 35 RDL 11/2020, aunque se trata de beneficios incompatibles entre sí, *ex DF 10ª RDL 15/2020*. También, la DA 1ª RDL 11/2021.

(23) *Cfr.* el art. 5 RDL 6/2020, parcialmente modificado por la DF 10ª RDL 28/2020, que subordina esta protección a la imposibilidad de teletrabajo certificada por la empresa.

realización de la actividad laboral que implicaría su tratamiento íntegro como accidente de trabajo.

Por su parte, en íntima relación con lo anterior, pero discutiblemente reconocido solo con posterioridad, se reguló la consideración como accidente de trabajo a todos los efectos de las enfermedades padecidas por el personal de centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia del contagio del coronavirus (24), con efectos no solo sobre el personal propiamente sanitario, sino también sobre trabajadores no sanitarios que prestan actividades auxiliares en esos centros, tales como limpieza, mantenimiento, restauración o similares. En realidad, esta protección representa una suerte de presunción *iuris et de iure* de que el contagio se ha producido en el medio laboral, por la evidente exposición al riesgo, evitando al beneficiario la prueba de la relación exclusiva y directa entre la afección y el puesto de trabajo que, dada la incidencia generalizada de la enfermedad, podría resultar una prueba diabólica.

En todo caso, las sucesivas modificaciones sobre la vigencia de la medida, con fijación de efectos retroactivos, así como la dudosa inclusión o no de ciertos profesionales en dichos centros de trabajo dentro de su ámbito subjetivo no evita que en ocasiones el reconocimiento de la contingencia excluya potenciales beneficiarios y actividades expuestas al riesgo. Como es discutible igualmente que, sin perjuicio de la más directa exposición a que se enfrentan los profesionales del medio sanitario, no se hayan adoptado medidas similares para otros tantos trabajadores esenciales ajenos a aquel ámbito pero igualmente afectados por un mayor riesgo de contraer la enfermedad durante la prestación de sus servicios, quienes quedan obligados a probar el nexo causal entre enfermedad y trabajo para la consideración de su contingencia como profesional y, por ende, mejor protegida, siendo esperable que los servicios de salud, entidades gestoras y mutuas hayan interpretado con mayor flexibilidad durante la pandemia la consideración como accidente de trabajo que la extraíble de la literalidad del art 156.2.e) LGSS.

IV. EL INGRESO MÍNIMO VITAL O LA PROTECCIÓN (ORDINARIA Y CUASIUNIVERSAL) DE LA CARENCIA DE RENTAS

A diferencia del desempleo, el IMV, que se incorpora en plena pandemia a la acción protectora del sistema de Seguridad Social, no trata, sin embargo, de atender a una protección transitoria en el período de inactividad de los trabajadores (o autónomos, en el caso de cese de actividad) entre empleo y empleo, sino de dar cobertura estable a un sector de la población que, con independencia de su falta de ocupación laboral, de ahí su naturaleza no contributiva y su desconexión de elementos de aseguramiento, se halla en situación de pobreza (severa) y consecuente exclusión laboral y social. Responde, pues, a una necesidad socioeconómica de carácter estructural, a

(24) *Cfr:* el art. 9 RDL 19/2020, que contemplaba inicialmente la medida durante cualquier fase de la epidemia hasta un mes después de la finalización del estado de alarma vigente en ese instante (22 julio 2020), finalmente ampliada luego a cualquier momento desde la declaración internacional de la epidemia hasta que las autoridades sanitarias levanten todas las medidas de prevención adoptadas frente a la crisis sanitaria (DA 4ª RDL 28/2020).

modo de derecho de ciudadanía que asegura la dignidad humana y reduce las desigualdades, al tiempo que persigue una positiva contribución a la economía, concretada en la percepción de una renta vital o de subsistencia de carácter universal, aunque articulada, más que sobre estados de necesidad o pobreza individuales, sobre la posición económica de los hogares familiares o unidades de convivencia en que aquellos se integran, aun sin prescindir la regulación de ciertos elementos de inclusión laboral dirigidos a la inserción ocupacional y eludir el peligroso efecto desincentivador de la búsqueda de empleo e inserción en el mercado de trabajo. La medida, cuya elaboración estaba comprometida al margen del apremio en su aprobación (25), vio acelerada su implantación por la pandemia, sustituyendo tal protección estructural la adopción alternativa de nuevas medidas extraordinarias para quienes, no afectados por la pérdida de un empleo prepandemia y excluidos entonces de las prestaciones vistas *supra*, se hallan en situación de emergencia social, de modo que permanecerá tras la crisis sanitaria como una prestación del nivel no contributivo del sistema que ensancha el Estado social y del Bienestar en nuestro país. Opción de sustitución de una prestación de carácter coyuntural por otra universal y estable que parece adecuada, pero cuya urgencia en la tramitación, que ha propiciado múltiples problemas de gestión y menor cobertura de la esperable, tampoco oculta la necesidad de una específica protección en la pandemia, que agrava a los potenciales perceptores sus dificultades intrínsecas para la búsqueda activa de empleo durante la hibernación de la economía.

Aunque esta prestación posee detractores que temen, junto a las dificultades presupuestarias, su negativa afectación sobre la creación de empleo, el desincentivo a la inserción laboral y el correlativo incentivo a la economía sumergida y empleo irregular, lo cierto es que constituye una técnica de redistribución económica y socialización de los costes en un mercado de trabajo incapaz de ocupar a todos los activos, sin ignorar aspectos de empleabilidad ni presuponer un efecto inhibitorio de la actividad laboral por cuenta propia o ajena —entre otras «trampas de pobreza»— con cuya remuneración (propia o de miembros de la unidad de convivencia) es compatible, de no superarse ciertos umbrales de ingresos que eluden la situación de pobreza, y condicionada por la participación del beneficiario en programas de formación o reciclaje profesional y aceptación de ofertas de trabajo adecuadas, por no aludir a la propia previsión de sanciones a los beneficiarios que incurran en fraude o incumplan los requisitos establecidos; sin perjuicio de que algunos de estos aspectos están aún pendientes de desarrollo reglamentario y diálogo con los interlocutores sociales. Instrumento de equidad y cohesión social, independiente

(25) El 9 septiembre de 2016, la Mesa del Congreso de los Diputados aprobó la tramitación de una proposición de Ley, instada por Iniciativa Legislativa Popular auspiciada por los sindicatos más representativos, sobre establecimiento de una prestación de ingresos mínimos en el ámbito de protección de la Seguridad Social ([https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-publicaciones?p_publicaciones_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XII&_publicaciones_id_texto=\(BOCG-12-B-3-1.CODI.\)](https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-publicaciones?p_publicaciones_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XII&_publicaciones_id_texto=(BOCG-12-B-3-1.CODI.))), antecedente de la actual regulación finalmente aprobada por RDL 20/2020, posterior y sensiblemente modificado por los RRDDL 25, 28, 30 y 35/2020 y 3/2021. Tampoco se olvide que dicha normativa contó con el estudio realizado por la AIREF en 2019 sobre «Los programas de rentas mínimas en España» (https://www.airef.es/wp-content/uploads/RENTA_MINIMA/20190626-ESTUDIO-Rentas-minimas.pdf), dirigido por el hoy Ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, encargado de la elaboración de la norma vigente.

de coyunturas puntuales de estrés económico, cuyo colectivo diana es subsidiario del nivel contributivo y asistencial de desempleo, con el que existen interacciones llamadas a revisar el contenido subjetivo y objetivo de aquella otra contingencia, sustitutivo de la asignación por hijo a cargo sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33% (26), y parcialmente coincidente con el propio de las rentas mínimas autonómicas, compatibles con el IMV con propósito de homogeneizar con un suelo mínimo estatal la asistencia social de las CC.AA. (27), promoviendo la igualdad efectiva de los españoles.

En general, son beneficiarios de la prestación, en nombre propio o de la unidad de convivencia, los residentes en España entre 23 y 65 años, con excepciones en la edad y diferencias en la exigencia de los períodos de residencia previa, no usuarios de servicio residencial público ni titulares de otras prestaciones de la Seguridad Social, que se hallen en situación de vulnerabilidad, entendida como carencia de ingresos anuales (y de patrimonio, sin incluir la vivienda habitual y con determinados límites) en el ejercicio anterior inferior al menos en 10 euros a la cuantía mensual garantizada correspondiente según modalidad y número de miembros convivientes, excluidos los salarios sociales, rentas mínimas de inserción y ayudas análogas de asistencia social de las CC.AA. (28). Esta acreditación de carencia de ingresos referida al ejercicio anterior al de la solicitud y eventual reconocimiento es precisamente lo que ha impedido el acceso en pandemia de un buen número de potenciales sujetos protegidos, porque este razonable control administrativo de la veracidad de la situación de vulnerabilidad disocia y desfasa la protección del actual estado de necesidad, mirando hacia un momento precedente a aquel en que se aprecia el verdadero estado de necesidad.

La protección consiste esencialmente en una prestación económica de cuantía variable, equivalente a la diferencia entre la renta mínima garantizada y los ingresos obtenidos por el beneficiario o unidad de convivencia, siendo aquella renta mínima igual a la cuantía mensual de las pensiones no contributivas (en 2021, 469,93 euros), incrementada en un 30% por cada miembro adicional a partir del segundo hasta un máximo del 220% de la cuantía inicial, a la que se añade otro incremento del 22% en caso de monoparentalidad o grado 3 de dependencia de los progenitores, abuelos o guardadores de menores, sin perjuicio de otros beneficios colaterales dirigidos a facilitar el ascenso social, como la exención del pago de precios públicos por servicios académicos universitarios (DT 5^a). No

(26) Como explicita la propia EM de la norma, con el objetivo de evitar duplicidades y resultar más efectivo, el IMV exige la progresiva reordenación del conjunto de ayudas estatales inspirado en idéntico fundamento, eliminando ya la prestación referida y anticipando una futura reorganización de las prestaciones no contributivas para identificar colectivos particularmente vulnerables, en una mayor redistribución de la renta y la riqueza en nuestro país.

(27) Sobre las relevantes cuestiones relativas al encaje competencial de IMV y asistencia social de las CC.AA., véase, por todos, S. DE SOTO RIOJA, «Caracteres de las prestaciones de garantía de rentas de subsistencia: síntesis, retos y propuestas», en VV. AA., *Las prestaciones de garantía de rentas de subsistencia en el sistema español de Seguridad Social* (Dir. S. González Ortega), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 311 a 354, espec. pp. 329 y ss. y J. L. MONEREO, G. RODRÍGUEZ INIESTA y A. R. TRILLO, *El ingreso mínimo vital en el sistema de protección social. Estudio de su configuración y régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2020, pp. 59 y ss.

(28) Para 2021, la carencia de ingresos equivale a 16.917,60 euros (un adulto solo), incrementada con coeficientes crecientes según tamaño de la unidad de convivencia, conforme a los arts. 8 y 18 RDL 20/2020.

tiene límite temporal, en tanto se mantengan las condiciones de reconocimiento del derecho, aunque será habitual, en caso de obtención de rentas de cualquier tipo, su variación anual según los ingresos del ejercicio anterior, incluso su extinción de superarse el límite, con efectos a partir del día 1 de enero del año siguiente a aquel al que correspondan dichos ingresos; no obstante, si la variación de datos no supera el año procede la suspensión de la prestación hasta la recuperación de las condiciones previstas. Duración indefinida que reclama una especial proactividad de los servicios públicos de empleo en la inserción laboral de los beneficiarios, para no cronificar la protección y cumplir el pretendido objetivo de participación plena de toda la ciudadanía en la vida social y económica, rompiendo el vínculo entre ausencia estructural de recursos y falta de acceso a oportunidades laborales, educativas o sociales, facilitando la transición de los individuos desde la exclusión social derivada de la ausencia de recursos hacia una situación de desarrollo social pleno.

No cabe cuestionar lo que se trata aún de una protección de mínimos y un recurso contra la pobreza extrema, llamada a incrementarse al hilo del propio seguimiento de la eficacia de la medida en relación a la asistencia social de las CC.AA. y conforme a las disponibilidades presupuestarias, en una sociedad del riesgo que limita o impide la existencia digna de muchos ciudadanos, imponiendo una última ratio protectora en situaciones de necesidad económica. Se alinea con lo articulado en otros países de nuestro entorno y resulta coherente con el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo «Por una Directiva marco europea sobre la renta mínima» (29), incardinado, de una parte, en el marco del Pilar Europeo de los Derechos Sociales y, de otra, en la estrategia de los ODS de Naciones Unidas, especialmente sus números 1 (fin de la pobreza), 8 (fomentar el crecimiento... inclusivo...) y 16 (promover sociedades... inclusivas a todos los niveles). En definitiva, se trata de una postrera técnica de ensanchamiento de la universalidad de la protección social en los Estados del Bienestar y sociedades democráticas llamada a constituir un arma global de combate contra las crisis sociales y económicas en un modelo de capitalismo globalizado que las propiciará con recurrencia.

V. CONCLUSIÓN

La legislación COVID en el ámbito de la protección social reconoce un conjunto extenso y costoso de medidas que están sirviendo para contener eficazmente la destrucción de empresas y empleo, en una política pública que, incrementando considerablemente el gasto y el déficit de nuestro sistema de Seguridad Social, parece estimarse unánimemente como imprescindible para el momento de la definitiva desescalada y recuperación plena de la actividad productiva, aun con su cualidad de provisional. Resulta incuestionable la exitosa contención de aquellos efectos durante la pandemia, aunque está por ver si las garantías de mantenimiento posterior del empleo a que van anudadas muchas de las medidas dispuestas cum-

(29) *Cfr.* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018IE2210&from=RO>.

plen las expectativas de conservación de un tejido empresarial saludable y expansivo con unos niveles de empleo adecuados a nuestra capacidad económica y productiva, porque ya tenemos precedentes en la penúltima gran crisis de los ataques especulativos de los poderes económicos internacionales que padecen el sobreendeudamiento y el enorme incremento del déficit público de los Estados. La crisis sanitaria no dejaba alternativa a la apuesta por implementar instrumentos de profundización del modelo social y de protección de los más vulnerables (empresas y trabajadores), porque mucho más costoso que el ingente gasto asumido es la aceptación de la pérdida de tejido económico irrecuperable y tasas de paro insostenibles. Pero es imprescindible después seguir articulando políticas redistributivas de la riqueza y compensatorias del ingente esfuerzo económico realizado, así como naturalizar las respuestas de intervención estatal más adecuadas para superar en momentos sucesivos una debilidad estructural de nuestro Estado Social. Resta, tras la pandemia, valorar y confirmar la validez de la estrategia adoptada, por cierto, coincidente con la practicada en los países de nuestro entorno, así como su extensión y duración en el tiempo más allá de la ola pandémica, porque es de temer que, ahora por razones no estrictamente coyunturales, mucha de la actividad económica y empleo conservados mediante este despliegue protector no sobreviva en la «nueva normalidad», obligando a invertir en renovaciones del tejido productivo y a prepararse para los desafíos y disrupciones que afronta la economía global, entrenando a los activos en la adquisición o perfeccionamiento de competencias profesionales aptas para ese nuevo escenario.

El reto de la pospandemia impone combinar flexibilidad laboral interna en las empresas con protección social de quienes no pueden adaptarse a los cambios del mercado, haciendo válido el paradigma íntegro de la «flexiseguridad» que, en el fondo, representa una suerte de socialización de costes y beneficios entre empresas y trabajadores y entre poderes públicos y privados. Sería esperable en ese nuevo contexto, tras otras acciones ya ensayadas que han defraudado sus objetivos, profundizar en una intervención de la UE capaz de anticipar los problemas y de acercar el proyecto europeísta a las necesidades de sus ciudadanos, ahondando en el modelo social. En este sentido, cobra singular interés el seguro de desempleo europeo (SURE) largamente demandado y tal vez definitivamente impulsado a la vista de las consecuencias de la pandemia.

En suma, hay que orientarse hacia una globalización más inclusiva y con mayor cohesión social como respuesta a la debilidad de los mecanismos ordinarios de protección pública de la vulnerabilidad económica de grandes capas de la población, derivada de su difícil inserción laboral o incluso de la precariedad de su ocupación en un mercado de trabajo altamente disruptivo que, al margen de crisis coyunturales de muy diverso tenor pero tristemente recurrentes en sus efectos sobre los ciudadanos, se muestra impotente para permitir allegar recursos suficientes a todos los activos, aun a los que muestran adecuadas destrezas profesionales y búsqueda activa de empleo. De ahí que las medidas excepcionales, a golpe de crisis, deban ceder el paso a mecanismos estructurales, preferiblemente mediante instrumentos de gobernanza global. La OIT y la UE, en nuestro contexto más propio, están emplazados para liderar un proceso que culmine en un nuevo modelo de capitalismo económico de marcado carácter social.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- DE SOTO RIOJA, S., «Caracteres de las prestaciones de garantía de rentas de subsistencia: síntesis, retos y propuestas», en VV. AA., *Las prestaciones de garantía de rentas de subsistencia en el sistema español de Seguridad Social* (Dir. S. GONZÁLEZ ORTEGA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 311 a 354,
- LAHERA, J., «Flexiseguridad laboral ante la crisis del coronavirus», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2020, n.º 4, pp. 419-429.
- OJEDA, M. y GUTIÉRREZ, M., «La flexiseguridad como paradigma de las políticas de empleo en Europa: revisión crítica», *THÉMIS-Revista de Derecho*, 2014, n.º 65, pp. 41-51.
- OIT, *Guidelines on Rapid Assessment of reskilling and upskilling needs in response to the COVID-19 crisis*, Ginebra, OIT, 2020.
- MONEREO, J. L., RODRÍGUEZ INIESTA, G. y TRILLO, A. R., *El ingreso mínimo vital en el sistema de protección social. Estudio de su configuración y régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2020.
- VALDEOLIVAS, Y., «Título III Protección por desempleo», en VV. AA., *Ley General de Seguridad Social. Comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina* (Dir. L.E. DE LA VILLA), Colex, Madrid, 2004, pp. 795 a 966.
- VALDÉS, F. y LAHERA, J., *La flexiseguridad laboral en España. Documento de Trabajo 157/2010*, Fundación Alternativas, Madrid, 2010.

**TERCERA PARTE:
IMPACTO DE LAS TECNOLOGÍAS
EN EL DERECHO PRIVADO**

JUNTAS TELEMÁTICAS DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS

Javier GARCÍA DE ENTERRÍA*

Resumen

El presente trabajo se ocupa del reconocimiento de las juntas generales telemáticas en el Derecho español, inicialmente de forma excepcional por la normativa de urgencia aprobada para hacer frente a las consecuencias derivadas de la pandemia y del estado de alarma y, posteriormente, como posibilidad abierta a todas las sociedades de capital –cotizadas o no– que así lo prevean en estatutos, analizándose la nueva regulación de estas juntas, contenida en el artículo 182 bis de la Ley de Sociedades de Capital desde la perspectiva de los requisitos exigidos para la correspondiente modificación estatutaria y de las condiciones que deben cumplir estas juntas virtuales.

Palabras clave

Junta general de socios, juntas telemáticas o virtuales, participación en la junta por medios telemáticos, participación en la junta por medios de comunicación a distancia, mayoría para la modificación de estatutos, sociedades cotizadas.

Abstract

This work deals with the recognition of telematic general meetings in Spanish Law, initially with an exceptional nature in the context of the emergency regulations approved to face the consequences derived from the pandemic and the state of alarm, and later as a possibility open to all the capital companies –listed or not– that provide for it in the bylaws, analyzing the new regulation of these meetings contained in article 182 bis of the Capital Companies Law from the perspective of the requirements for the corresponding statutory modification and the conditions that these virtual meetings must meet.

(1) Catedrático de Derecho Mercantil (CUNEF). Abogado.

Keywords

General shareholders' meeting, telematic or virtual shareholders' meetings, participation in the general shareholders' meeting by telematic means, participation in the general shareholders' meeting by means of remote communication, majority for the modification of the by-laws. listed companies.

SUMARIO: I. El tortuoso y accidentado reconocimiento de las juntas telemáticas en la normativa COVID. 1. La situación preexistente. 2. Las juntas telemáticas o virtuales en la normativa COVID. II. La normalización y generalización de las juntas telemáticas por la normativa societaria. 1. La Ley 5/2021 y el impulso a los medios telemáticos. 2. En particular, la posible previsión en estatutos de juntas exclusivamente telemáticas. 3. Los requisitos de celebración de las juntas telemáticas. III. Bibliografía.

I. EL TORTUOSO Y ACCIDENTADO RECONOCIMIENTO DE LAS JUNTAS TELEMÁTICAS EN LA NORMATIVA COVID

1. LA SITUACIÓN PREEXISTENTE

Con anterioridad al estado de alarma declarado en marzo de 2020 por causa de la pandemia y a la profusa y difusa normativa especial aprobada con ocasión de esta, las juntas generales de las sociedades mercantiles, incluyendo las de las sociedades cotizadas, venían concebidas en nuestro ordenamiento societario como reuniones necesariamente físicas y presenciales de los socios, a las que estos podían asistir –personalmente o representados– para deliberar y resolver sobre los asuntos sometidos a su consideración. De conformidad con esta concepción tradicional, entre otras manifestaciones, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital («LSC») sigue vinculando la capacidad de decisión de los socios a que estén «reunidos en junta general» (art. 159.1), exige que la junta se celebre en el término municipal en que la sociedad tenga su domicilio o en otro previsto en los estatutos (art. 175) y se ocupa de la asistencia a la misma, como derecho de los socios (art. 179) y obligación de los administradores (art. 180).

De forma excepcional, la LSC permitía –y sigue permitiendo– que las sociedades anónimas puedan habilitar en estatutos la facultad de los socios de participar en una junta física a través de medios telemáticos «que garanticen debidamente la identidad del sujeto» (art.182, que ha merecido nueva redacción con la Ley 5/2021, de 12 de abril, sobre implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas –la «Ley 5/2021»–), así como la posibilidad de que el ejercicio del derecho de voto pueda delegarse o ejercitarse mediante correspondencia postal, electrónica u otros medios de comunicación a distancia que garanticen también adecuadamente la identidad de la persona que vote (art.189.2 LSC). Pero estas dos

posibilidades no evitaban la necesidad de celebrar las juntas de manera física y presencial, al concebirse como una simple opción o alternativa para los socios que no pudieran –o no quisieran– asistir a las mismas. Y se conciben, además, en términos dispositivos, al remitirse en cuanto a su vigencia y operatividad a lo que prevean los estatutos, que por tanto pueden excluir ambas facultades de manera expresa o también, lo que resulta menos infrecuente, guardando silencio al respecto (1). Incluso en las sociedades cotizadas, en las que se supone que estas alternativas ofrecen una mayor relevancia práctica por la pluralidad y diversidad de los accionistas y las mayores dificultades operativas y logísticas asociadas a la organización de reuniones físicas, la facultad de los socios para participar y votar en la junta a través de medios de comunicación a distancia se sujetaba expresamente a «los términos que establezcan los estatutos de la sociedad» (art. 521.1 LSC), que de este modo podían optar por regularla de manera restrictiva o directamente por excluirla.

En las sociedades cotizadas, a falta de cualquier obligación legal, la previsión de mecanismos para permitir la delegación y el ejercicio del derecho de voto por medios telemáticos, e incluso la asistencia y participación activa en la junta a través de dichos medios en el caso de las sociedades de mayor capitalización, se establecía –y se mantiene– como una simple recomendación voluntaria por el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas de 2020 (recomendación 7ª). Pero aun así, la realidad es que antes de la pandemia el uso de estos medios no resultaba particularmente habitual ni frecuente: según datos de la CNMV, en el año 2019 solo en un 47,2% de las sociedades cotizadas hubo accionistas que participaron en las juntas a través de medios de comunicación a distancia, accionistas que representaron un ínfimo porcentaje medio del 1,9% de todos los que intervinieron en las mismas y, entre los medios de comunicación empleados, solo un 7% fueron votos emitidos de forma electrónica (2).

2. LAS JUNTAS TELEMÁTICAS O VIRTUALES EN LA NORMATIVA COVID

La declaración del estado de alarma por el RD 463/2020, de 14 de marzo de 2020 (3), en un momento además en que la mayoría de las sociedades de capital –y, en particular, de las cotizadas– se encontraba en el proceso de formulación y aprobación de sus cuentas anuales (4), afectó directamente a la posibilidad de convocar

(1) En general, sobre este régimen en materia de asistencia y votación telemática, aunque con anterioridad a la Ley 5/2021, puede verse, entre otros, VAÑÓ VAÑÓ, M.ª J., «Participación de los socios en la junta general de las sociedades cotizadas y tecnologías de la información», en AA. VV., *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados*, t. I, Pamplona, 2019, pp. 771 y ss.; CORBERÁ MARTÍNEZ, J. M., «Convocatoria, asistencia y votación del socio en la junta a través de medios telemáticos», en AA. VV., *Derecho de sociedades. Los derechos del socio*, Valencia, 2020, pp. 557 y ss.; MORALES BARCELÓ, J., «La participación en la junta por medios telemáticos: asistencia y ejercicio del derecho de voto», *La Ley Mercantil* n.º 70, junio 2020.

(2) CNMV, *Informes de gobierno corporativo de las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados regulados*, ejercicio 2019, pp. 40 a 42.

(3) Este RD entró en vigor el mismo día de su publicación en el BOE y como es notorio fue objeto de sucesivas prórrogas.

(4) En el caso de las sociedades cotizadas, en efecto, es frecuente que estas publiquen el denominado informe financiero anual (que comprende las cuentas anuales, el informe de auditoría y las

y celebrar juntas generales y, en particular, las juntas ordinarias que por ley deben celebrarse dentro de los seis primeros meses del ejercicio (art. 164.1 LSC), como consecuencia de las severas restricciones de movilidad y reunión impuestas en todo el territorio nacional. De hecho, el desplazamiento para participar en una junta general no parecía encontrar cobertura en ninguna de las excepciones a las prohibiciones de circulación impuestas por el referido RD 463/2020, a diferencia de la asistencia a reuniones de los órganos de administración o sus comisiones, que eventualmente podía justificarse en concepto de desplazamiento para realizar una «prestación laboral, profesional o empresarial» [art. 7.1.c)].

Antes de la declaración formal del estado de alarma, cuando empezaban a vislumbrarse los graves efectos disruptivos que iba a traer la pandemia, la CNMV recomendó a las sociedades cotizadas que maximizaran «la utilización de mecanismos de asistencia remota y voto a distancia de los accionistas», a la vez que sugirió –aunque de forma dubitativa, dada su carencia de facultades normativas en este ámbito– que «puede incluso ser factible una junta general íntegramente telemática» (5).

Hubo que esperar al RDL 8/2020, de 17 de marzo, para que la celebración de juntas exclusivamente telemáticas mereciera un reconocimiento legal expreso, aunque solo para las sociedades cotizadas y en unos términos imprecisos y confusos. Aunque pueda quizás disculparse por la gravedad de la situación existente y la urgencia de ofrecer una respuesta normativa inmediata, lo cierto es que el citado RDL adoleció de un cierto carácter improvisado y de una considerable imprecisión técnica. En relación específicamente con las sociedades cotizadas, el RDL vino en esencia a adoptar dos medidas extraordinarias, de aplicación exclusiva para el año 2020. De un lado, habilitó al consejo de administración para prever en la convocatoria de las juntas la posible asistencia por medios telemáticos y el voto a distancia, aun en el caso de que ambas posibilidades no estuvieran contempladas en los estatutos [art. 41.1.c)]. Y de otro lado, previó la posible celebración de juntas «por vía exclusivamente telemática» [art. 41.1.d) ii)], aunque en unos términos en extremo restrictivos e inciertos. Esta posibilidad parecía limitarse en efecto al supuesto de las juntas ya convocadas que no pudieran celebrarse «en el lugar y sede física establecidos en la convocatoria» por causa de las medidas restrictivas impuestas por las autoridades públicas, pero no en otro caso (6). En concreto, ni el RDL 8/2020, ni el

declaraciones de responsabilidad de los administradores) dentro de los dos primeros meses del ejercicio, con el fin de evitar la necesidad de publicar un segundo informe financiero semestral relativo a los doce meses del ejercicio anterior (art.119.2 de la Ley del Mercado de Valores y art. 11.1 del RD 1362/2007, sobre requisitos de transparencia de los emisores de valores).

(5) Comunicado de 10 de marzo de 2020, *Consideraciones de la CNMV sobre las juntas generales de las sociedades cotizadas ante la situación sanitaria creada por el COVID-19*.

(6) Para una consideración general de este régimen, v. GARCÍA DE ENTERRÍA, J./VELÁZQUEZ, J., «Estado de alarma y sociedades cotizadas: cuestiones relativas a la junta de accionistas y al consejo de administración», 23 de marzo de 2020, en *almacendederecho.org.*; QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Los órganos societarios y el estado de alarma», *La Ley* n.º 9675, 16 de julio de 2020; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.ª T., «Estado de alarma y decisiones corporativas», *RdS*, n.º 59, 2020, pp. 64 y ss.; PEINADO GARCIA, J. I., «Derecho de sociedades no analógico», *La Ley Mercantil*, n.º 69, 2020, pp. 5 y ss.; ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «Funcionamiento de la junta por medios telemáticos. Intervención notarial», en AA. VV. (dir. Cohen Benchetrit, A.), *Derecho de sociedades y crisis de la empresa en tiempos de pandemia*, Granada, 2021, pp. 124 y ss. Y sobre las medidas similares adoptadas en otros países, en el sentido de fomentar las juntas virtuales y en general la participación de los socios por

posterior RDL 11/2020, de 31 de marzo, que modificó en numerosos aspectos las medidas extraordinarias previstas por aquel para el conjunto de las personas jurídicas de Derecho privado y para las sociedades cotizadas (7), contemplaron de manera expresa la posibilidad de estas últimas de proceder a la convocatoria directa de una junta exclusivamente telemática, cuando existieran dudas –como existían en aquel momento– sobre la previsible duración de las restricciones de reunión y de movimiento y, por tanto, sobre la posibilidad de que las juntas pudieran terminar celebrándose o no de manera física o presencial.

Esta limitación y contención normativa generó numerosas dudas entre las sociedades cotizadas, considerando que la previsible imposibilidad de celebrar reuniones físicas en los siguientes meses coexistía con la ausencia de una cobertura legal clara e inequívoca para la convocatoria de juntas exclusivamente telemáticas. Y son estas dudas las que procuraron disipar la CNMV y el Colegio de Registradores de España a través de un comunicado conjunto de 28 de abril de 2020 (8). Este comunicado consideró admisible y hasta recomendable convocar una junta previendo al tiempo la doble forma de celebración física y telemática, siempre que se publicara un anuncio complementario al menos cinco días antes de la fecha de celebración informando en función de la evolución de las restricciones de reunión y movimiento, del régimen final de participación en la misma. Pero el comunicado reconoció también al consejo la facultad de «decidir que la junta se celebre por vía exclusivamente telemática, en los términos previstos en el artículo 41.1.d) del RDL 8/2020», con el fin de evitar las situaciones discriminatorias que podrían derivarse de la imposibilidad de numerosos accionistas o de sus representantes de desplazarse hasta el lugar previsto para la celebración de la junta. En rigor, pues, fue este comunicado, y no tanto –o no solo– el RDL 8/2020, el que vino a ofrecer la necesaria tranquilidad y seguridad jurídica a las sociedades cotizadas para convocar y celebrar juntas exclusivamente telemáticas durante el año 2020 (9), lo que terminaron haciendo la gran mayoría de ellas en atención a la persistencia en el tiempo de las restricciones impuestas a los derechos de movimiento y reunión de las personas.

Pero el accidentado y tortuoso camino seguido por las juntas telemáticas y sus dificultades para abrirse paso de manera incontrovertida, incluso en una situación tan excepcional como la generada por la pandemia, no acabó aquí. Las medidas excepcionales del RDL 8/2020 en relación con las sociedades mercantiles limitaron su vigencia en algunos casos al periodo de duración del estado de alarma y en otros, como en el supuesto del régimen de celebración de las juntas de las socieda-

medios electrónicos, v. GÁLLEGO LANAU, M., «La celebración de la junta íntegramente virtual: ¿debería extenderse más allá del estado de alarma?», *RDMC* n.º 26, 2020, pp. 3 y ss.

(7) En el caso de las «personas jurídicas de Derecho privado» distintas de las sociedades cotizadas, el RDL 11/2020 vino a prever la posibilidad de que pudieran celebrar las juntas o asambleas de asociados o de socios «por vídeo o conferencia telefónica múltiple» (nuevo art.40.1.II del RDL 8/2020, posteriormente modificado por el RDL 21/2020, de 9 de junio).

(8) *Comunicado conjunto complementario del Colegio de Registradores de España y la Comisión Nacional del mercado de Valores sobre las juntas generales de sociedades cotizadas convocadas para su celebración mientras estén en vigor restricciones o recomendaciones derivadas de la crisis sanitaria.*

(9) Es revelador el comunicado de 11 de junio de 2020 de Emisores Españoles (asociación que agrupa a la mayoría de las sociedades cotizadas) sobre «Celebración de juntas telemáticas tras el levantamiento del estado de alarma en España», en el que se exponen las distintas razones que apoyarían la posible celebración de juntas exclusivamente telemáticas durante todo el año 2020.

des cotizadas, al año 2020. Pero atendiendo a la perpetuación de las medidas restrictivas impuestas por las autoridades públicas, el RDL 34/2020, de 17 de noviembre, vino en esencia a extender al año 2021 las principales medidas previstas en el RDL 8/2020 en relación con las sociedades mercantiles, aunque también en este caso con importantes olvidos y omisiones. Se mantuvo así la posibilidad de los administradores de autorizar en la convocatoria de la junta la participación de los accionistas por medios telemáticos o de comunicación a distancia en ausencia de cualquier previsión estatutaria, facultad que se extendió además a todas las sociedades anónimas, a la vez que se previó –con una regla de incierto fundamento, considerando que las medidas restrictivas afectaban a todo el territorio nacional– que la junta pudiera celebrarse en cualquier lugar del territorio nacional (art. 3.1)(10). Pero el legislador olvidó de nuevo reconocer la posibilidad de las sociedades anónimas y más específicamente de las cotizadas de proceder a la convocatoria de juntas exclusivamente telemáticas, lo que volvió a sumir a estas últimas en un nuevo e inquietante limbo jurídico, por la imposibilidad práctica de celebrar reuniones físicas y presenciales. Hubo que esperar al RDL 5/2021, de 12 de marzo, para que se permitiera al órgano de administración de las sociedades anónimas –no solo de las cotizadas– «acordar en el anuncio de convocatoria la celebración de la junta por vía exclusivamente telemática, esto es, sin asistencia física de los socios o de sus representantes», siempre que –entre otros requisitos– se permitiera a los accionistas participar en la junta de forma telemática, votando anticipadamente por medios de comunicación a distancia, o delegando su voto en el presidente de la junta por estos mismos medios [nuevo art.3.1.a) del RDL 34/2020]. Se trataba, en los términos del preámbulo del RDL 5/2021, de despejar «cualquier duda sobre la posibilidad de celebrar durante el año 2021 juntas exclusivamente telemáticas».

Dado en todo caso el reprensible retraso con que se aprobó esta previsión, en una época también en la que muchas sociedades cotizadas estaban en el proceso de convocar y celebrar sus juntas generales ordinarias, la CNMV y el Colegio de Registradores de España se vieron impelidos nuevamente a salir al quite para resolver algunas lagunas e imprevisiones suscitadas por aquella mediante un nuevo comunicado conjunto de 18 de marzo de 2021 (11). En concreto, el comunicado abordó la situación de las sociedades que al tiempo de aprobarse el RDL 5/2021 hubieran convocado ya juntas generales previendo al tiempo la posibilidad de su celebración tanto presencial como telemática en función de la evolución que experimentarían las restricciones a la libertad de circulación y de reunión, planteando que en tal caso, para decantarse por la junta telemática, aquellas publicarían un anuncio complementario informando de esta circunstancia con una antelación mínima de cinco días a la fecha fijada para la reunión, en coherencia con el sistema previsto en el RDL 8/2020 [art.41.1d)].

(10) En cambio, para las sociedades limitadas se previó un régimen distinto, por razones que tampoco resultan evidentes, al mantenerse la posibilidad de celebrar juntas «por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple» [art.3.1.b)].

(11) *Comunicado conjunto del Colegio de Registradores de España y de la CNMV en relación con los complementos de juntas generales ya convocadas para su celebración de forma exclusivamente telemática.*

En definitiva, incluso en un contexto tan excepcional como el generado por la pandemia, el reconocimiento legislativo de la facultad de las sociedades cotizadas de celebrar reuniones meramente telemáticas sin asistencia física ni de socios ni de administradores se ha realizado de manera, no solo tardía y vacilante, sino también parcial e incompleta, lo que obligó a la CNMV y al Colegio de registradores a ir complementando en el plano hermenéutico las previsiones legales para desterrar eventuales dudas sobre la validez jurídica de las juntas que así se celebraran. Los términos restrictivos y excepcionales con que inicialmente se previó la posible celebración de esta clase de juntas, las vacilaciones sobre su reconocimiento limitado a las sociedades cotizadas o al conjunto de las sociedades anónimas, o el retraso normativo para permitir su aplicación durante el ejercicio de 2021, entre otras circunstancias, evidencian la indecisión e inseguridad con que se ha manejado el legislador y su aparente tendencia a responder al problema generado por la pandemia en este ámbito de una forma improvisada y no siempre suficientemente reflexiva.

II. LA NORMALIZACIÓN Y GENERALIZACIÓN DE LAS JUNTAS TELEMÁTICAS POR LA NORMATIVA SOCIETARIA

1. LA LEY 5/2021 Y EL IMPULSO A LOS MEDIOS TELEMÁTICOS

Pues bien, tras la accidentada historia de las juntas telemáticas o virtuales en el marco de la normativa COVID y partiendo sin duda de la experiencia adquirida en relación con las mismas, que en términos generales no parece haber suscitado grandes cuestiones ni preocupaciones desde el punto de vista organizativo o de la efectividad de los derechos de los accionistas (12), la Ley 5/2021 ha venido finalmente a consagrar la validez general de las juntas exclusivamente telemáticas, extendiéndolas además al conjunto de las sociedades de capital. Esta regulación, de hecho, no figuraba en el proyecto de ley inicialmente remitido a las Cortes y se introdujo durante su tramitación parlamentaria (13), en parte por el impulso de las propias sociedades emisoras, lo que corrobora que la misma es tributaria directa del proceso de reflexión abierto con motivo de dicha experiencia y de la conciencia adquirida sobre la conveniencia de permitir su continuidad en el tiempo (14).

(12) Según el estudio de GEORGESON sobre *2020 AGM Season Review*, España habría sido el país europeo en el que más juntas virtuales se celebraron en el año 2020, con un porcentaje cercano al 80% (p. 9); al mismo tiempo, habría sido uno de los países en los que menos se ha restringido la posibilidad de ejercitar el voto durante la propia junta, dado que en otros muchos se exigía o bien que el voto fuera objeto de delegación o que se emitiera por escrito de forma anticipada (p. 8).

(13) En concreto, en virtud de una enmienda presentada en el Congreso (enmienda n.º 20, del Grupo Parlamentario Socialista), que se motivó porque «la experiencia acumulada especialmente en estos meses pasados ha permitido comprobar que los medios técnicos actuales permiten la realización de reuniones a distancia de manera muy similar a como tendrían lugar de manera presencial».

(14) Aunque debiera ser innecesario precisarlo, pese a ciertas dudas generadas en la práctica, es claro que los requisitos de las juntas telemáticas contenidos en el nuevo artículo 182 *bis* LSC y también en el nuevo artículo 521.3 LSC para las cotizadas no resultan aplicables a las juntas exclusivamente telemáticas que puedan celebrarse en el año 2021 al amparo del artículo 3 del RDL 34/2020,

Además de regular la figura de las juntas exclusivamente telemáticas o virtuales, la Ley 5/2021 se ha ocupado también de las juntas híbridas, mixtas o duales, en las que la celebración de una reunión física se combina con la posibilidad de los socios –o sus representantes– de asistir y de votar por medios telemáticos. Anteriormente, el artículo 182 de la LSC limitaba su aplicación a las sociedades anónimas, aunque no existía obstáculo o impedimento normativo alguno que impidiera extender un régimen equivalente a las sociedades limitadas, como de forma reiterada entendió la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (15). Tras su modificación, en todo caso, este precepto ha extendido su vigencia a todas las sociedades de capital. Pero la posibilidad de participar en las juntas a través de estos medios no se configura propiamente como un derecho de los socios sino que sigue remitiéndose –incluso en el caso de las sociedades cotizadas– a lo que dispongan los estatutos, que por tanto podrían excluirla o someterla a requisitos gravosos o de difícil cumplimiento (16).

La opción del legislador de generalizar la posible participación y votación telemática en las juntas a todas las sociedades de capital cuenta con una indudable justificación objetiva. En las sociedades cotizadas, sin duda, la multiplicidad y dispersión de los accionistas determina que estos medios ofrezcan una especial utilidad para muchos de ellos, y en concreto para aquellos que por lejanía, desinterés o limitado compromiso económico con la sociedad carezcan de incentivos para desplazarse hasta el lugar de celebración de la junta. Pero al tiempo, en las sociedades de pocos socios la utilización de medios telemáticos no solo facilita y simplifica la realización de las juntas cuando aquellos residan en localidades dispersas (17), sino que además se enfrenta con menores dificultades prácticas y operativas que en las grandes sociedades cotizadas, al no suscitarse –cabe asumir– especiales problemas de identificación, de intervención y de ejercicio y cómputo en tiempo real de los derechos de voto. Además, la «implicación» efectiva de los accionistas en la vida y gestión de las sociedades cotizadas en las que participen, que es el ambicioso –y en gran medida ilusorio– objetivo de política jurídica perseguido por la Ley 5/2021 respecto de estas sociedades, suele ser una realidad práctica en las sociedades de pocos socios, por la existencia de una mayor *affectio societatis* por parte de estos, lo que explica también

dado su distinto alcance y ámbito de aplicación; así lo ha entendido también GARCÍA-VALDECASAS, J. A., «Modificación de la Ley de Sociedades de Capital sobre fomento de la implicación de los accionistas, juntas telemáticas, votos de lealtad y asesores de voto», 26 de abril de 2021, en *notariosyregistros.com*.

(15) En particular, resoluciones de la antigua DGRN de 19 de diciembre de 2012, de 25 y 26 de abril de 2017, y de 8 de enero de 2018, que aceptaron que los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada puedan autorizar la asistencia y votación telemática de los socios, así como la posibilidad de emisión del voto a distancia por anticipado, por mucho que ambas alternativas solo se contemplasen antes de la Ley 5/2021 para las sociedades anónimas.

(16) La reforma del artículo 182 LSC ha venido también a precisar que cuando un socio (telemático) ejercite su derecho de información durante la junta, los administradores deberán proporcionarle la información requerida durante la propia junta o durante los siete días siguientes, y no solo durante estos siete días como antes se establecía, de conformidad con el régimen general del derecho de información en la sociedad anónima (art. 197.2 LSC).

(17) Como declaró la resolución de la antigua DGRN, de 8 de enero de 2019, en relación con las sociedades limitadas, la asistencia y votación telemática posibilita «a socios con domicilios ajenos al domicilio social, incluso en el extranjero, tener un conocimiento directo del modo en que transcurre la celebración de la junta, sin necesidad de costosos desplazamientos o el nombramiento de representantes en personas que, en ocasiones, resulta difícil que sean idóneas, lo cual puede ser especialmente relevante en sociedades con pocos socios, residentes en lugares dispersos».

que en estas últimas deba permitirse si cabe con mayor fundamento la utilización de medios tecnológicos que faciliten y simplifiquen la participación efectiva en las juntas.

En último término, a efectos de tomar la oportuna decisión sobre la posible celebración de juntas telemáticas, las referidas ventajas prácticas deberían balancearse por los socios con los riesgos e inconvenientes asociados a las mismas (18). En las sociedades de pocos socios, la celebración de juntas físicas y presenciales puede servir de ocasión o pretexto para la reunión de todos ellos y, probablemente, también para un ejercicio más efectivo de rendición de cuentas por los administradores. En las sociedades cotizadas, las juntas generales desempeñan también una importante función de comunicación y de presentación pública de la sociedad y sus gestores frente a accionistas, inversores, analistas, medios de comunicación y el mercado en general, que se beneficia seguramente de un mayor impacto y operatividad con la celebración de reuniones físicas. Y, en ambos casos, aunque el problema sea sin duda menos acuciante en las sociedades cotizadas por la naturaleza «pública» que suelen tener sus juntas generales, las juntas telemáticas ofrecen por principio menores garantías de confidencialidad, por la posibilidad de que sean seguidas por personas carentes de derecho de asistencia que acompañen o asistan a los socios que intervengan de manera telemática.

2. EN PARTICULAR, LA POSIBLE PREVISIÓN EN ESTATUTOS DE JUNTAS EXCLUSIVAMENTE TELEMÁTICAS

Como ya ha sido señalado, el nuevo artículo 182 *bis* de la LSC ha venido a consagrar por vez primera en nuestro ordenamiento la validez de las juntas exclusivamente telemáticas o virtuales, más allá de la normativa excepcional –y en gran medida improvisada– promulgada con motivo del COVID. Lo ha hecho además para todas las sociedades de capital, con una alusión específica –y reiterativa, dados los términos generales con que se formula el precepto– a las sociedades limitadas (art. 182 *bis*.7 LSC), y no solo para las sociedades cotizadas, que sin embargo quedan sujetas a algunas especialidades menores de régimen (nuevo art. 521.3 LSC).

Esta posibilidad se concibe como una opción de los estatutos, que «podrán autorizar la convocatoria por parte de los administradores» de esta modalidad de juntas (art. 182 *bis*.1 LSC). En la formulación legal, la posible celebración de juntas sin asistencia física de los socios o sus representantes parece concebirse así –quizás por reminiscencias históricas y por el carácter excepcional con que aquellas siguen concibiéndose– como una facultad que los estatutos pueden conferir al órgano de administración, que por tanto estaría facultado para convocar una junta telemática pero también para decantarse por una junta física si así lo estimara oportuno. Pero es claro que los estatutos, además de *autorizar* a los administradores para convocar juntas telemáticas, también han de poder *imponer* la celebración de esta modalidad de juntas, en el sentido de obligar a los adminis-

(18) Para el debate sobre las ventajas y riesgos de las juntas telemáticas puede consultarse ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «Funcionamiento...», *cit.*, p. 118 y ss., con ulteriores referencias.

tradores a convocarlas con este carácter cuando así lo acuerden los socios a través de la correspondiente previsión estatutaria (19).

Para la modificación estatutaria que autorice –o imponga– la celebración de juntas telemáticas la LSC requiere una mayoría reforzada, consistente en dos tercios del capital presente o representado en la reunión (art. 182 *bis*.2). Se trata de la misma mayoría que ya se exige con carácter general para los acuerdos de modificación estatutaria y asimilados cuando la junta general de una sociedad anónima se constituya en segunda convocatoria con un quórum de entre el 25% y el 50% del capital (art. 201.2 LSC). En consecuencia, la elevación efectiva del porcentaje de votos requerido solo se verifica en realidad cuando la junta se constituya en primera o en segunda convocatoria con un quórum superior al 50%, pues en estos casos los acuerdos de modificación de estatutos requieren por regla la mayoría absoluta de los votos (art. 201.2 LSC). Y ello pone de manifiesto –me parece– la inconsistencia y falta de fundamento de la referida mayoría reforzada, toda vez que el «reforzamiento» solo se produce en realidad cuando la junta se constituya con una participación superior al 50% del capital pero no, en cambio, cuando lo haga con un quórum del 25%, cuando son precisamente las situaciones en que concorra un porcentaje reducido del capital social las que justificarían, en su caso, la previsión de unos requisitos de aprobación más onerosos.

Pero no acaban aquí las cuestiones que suscita la mayoría reforzada exigida para la inclusión en estatutos de las juntas telemáticas. La posibilidad de prever y celebrar esta clase de juntas –ya ha sido destacado– se extiende a todas las sociedades de capital, y en particular a las sociedades de responsabilidad limitada, como de hecho se cuida de precisar el propio artículo 182 *bis*, apdo.7, de la LSC. Y la cuestión es que la referida mayoría del capital, al ir expresamente referida al «capital presente o representado» en la reunión, se corresponde con el sistema de adopción de acuerdos que caracteriza a las sociedades anónimas, pero no con el que es propio de las sociedades limitadas. En las primeras, para que las juntas puedan constituirse y celebrarse es necesario que concurren a la reunión –presentes o representados– determinados quórums o cuotas del capital social (arts. 193 y 194 LSC), de tal forma que los acuerdos se adoptan luego por mayoría simple –los acuerdos ordinarios– o por mayoría absoluta –los acuerdos de modificación de estatutos y asimilados– «de los accionistas presentes o representados en la junta» (art. 201 LSC). De este modo, la concreta mayoría de votos requerida para introducir en estatutos las juntas telemáticas se refuerza respecto de los restantes acuerdos de modificación estatutaria, al elevarse (en rigor, solo cuando la junta se constituya –según ha sido señalado– con más de un 50% del capital) hasta los dos tercios del capital presente o representado. Pero en las sociedades limitadas el sistema legal de formación de la voluntad social es otro, al requerirse para la aprobación de los acuerdos la obtención de determinadas mayorías de votos, no de los socios presentes o representados en la reunión, sino de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social (arts. 198 y 199 LSC), mayoría que en el caso de los acuerdos de modificación de estatutos es de la mitad

(19) En este sentido se pronuncia también ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «Las juntas totalmente telemáticas en la Ley 5/2021: cláusula estatutaria, convocatoria y celebración», 21 de abril de 2021, en *hayderecho.expansion.com*, quien sin embargo se plantea la duda de si bastará la mayoría reforzada exigida por la LSC o se requerirá la unanimidad.

de dichos votos. Y siendo esto así, la cuestión que se suscita es cómo aplicar la referida mayoría de dos tercios del capital presente o representado en la reunión en un sistema, como el de las sociedades limitadas, que vincula la formación de la voluntad social al voto favorable de al menos la mitad de las participaciones en que se divida el capital social.

La extensión de esta específica mayoría a las sociedades limitadas no parece responder a ninguna decisión deliberada o consciente del legislador, ni menos aún al propósito de enmendar el régimen ordinario de adopción de acuerdos por este tipo de sociedades, sino más bien a un simple desliz o inadvertencia. Pero como a pesar de ello se hace preciso encontrarle un encaje con el sistema legal, cabría entender que la referida mayoría de las dos terceras partes del capital presente o representado en la reunión sería una condición necesaria pero no suficiente para la aprobación del acuerdo, al requerirse también que dicha mayoría represente –como es propio de todos los acuerdos de modificación de estatutos en las sociedades limitadas– «más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social» [art. 199.a) LSC]. Aunque la finalidad perseguida –bien que con flagrante torpeza– por el legislador de fortalecer las mayorías exigidas para la introducción de las juntas telemáticas en estatutos seguramente sería más congruente con la exigencia de una mayoría de dos tercios de las participaciones en que se divida el capital, que es de hecho la mayoría exigida por la LSC para los acuerdos de mayor relevancia [art. 199.b) LSC], la interpretación anterior es la única que parece conjugar la formulación literal del artículo 182 *bis.2* de la LSC con el sistema general de adopción de acuerdos por las sociedades limitadas (20).

Aunque seguramente suministre una mayor cobertura formal, la exigencia de previsión estatutaria para la celebración de reuniones exclusivamente telemáticas no parece que pueda exigirse para las juntas universales. El hecho de que la validez de estas juntas requiera que los concurrentes «acepten por unanimidad la celebración de la reunión» (art. 178 LSC) permite entender que esta aceptación ha de entenderse referida, no solo a la celebración en sí de la junta, sino también a la forma misma de celebración, que podría ser tanto física como telemática. Si al constituirse en junta universal los socios se avienen a desaplicar los requisitos formales de convocatoria de las juntas que la ley establece en garantía de sus derechos (en cuestiones tan relevantes como plazo de convocatoria o lugar de celebración, derecho de información, puesta a disposición de documentos, etc.), a mayor abundamiento han de poder renunciar a la exigencia de que la junta se celebre de forma física o presencial, que es una cuestión meramente práctica y operativa que carece por principio de cualquier incidencia sobre la efectividad de sus derechos. Y en último término, la necesidad de un consentimiento expreso de los socios para celebrar una reunión exclusivamente telemática representa sin duda una garantía más útil y eficaz que la exigencia de una previsión estatutaria expresa o que la aplicación estricta de los requisitos legalmente previstos para esta clase de juntas.

(20) En el mismo sentido se ha pronunciado MARTÍN MARTÍN, J., «Junta de sociedad limitada exclusivamente telemática», 4 de mayo de 2021, en notariosyregistradores.com.

3. LOS REQUISITOS DE CELEBRACIÓN DE LAS JUNTAS TELEMÁTICAS

Al margen de celebrarse sin reunión física y de forma totalmente virtual, es claro que las juntas exclusivamente telemáticas quedan sujetas –como precisa el artículo 182 *bis*, apdo.1, de la LSC– «a las reglas generales aplicables a las juntas presenciales, adaptadas en su caso a las especialidades que derivan de su naturaleza». Al afectar solo a la forma de celebrarse la reunión y al modo de relacionarse los socios entre sí y con los administradores y demás participantes en la junta, que también deben entenderse facultados –pese al silencio legal– para asistir de forma telemática y sin necesidad de reunirse físicamente (21), no ofrece dudas que el régimen general de las juntas generales en materias como convocatoria, derecho de información, legitimación, delegación, quórum y mayorías, o régimen de impugnación de acuerdos, por citar algunas, aplican *mutatis mutandis* a las juntas exclusivamente telemáticas. Pero sin perjuicio de ello, la LSC somete la celebración de las juntas telemáticas a algunos requisitos específicos, que siendo prácticamente consustanciales a la celebración de cualquier junta se reformulan en relación con aquellas y que se caracterizan además por revestir un carácter en gran medida abierto y programático.

Entre las condiciones que son inherentes a cualquier junta se encuentra la necesidad de «que la identidad y legitimación de los socios y de sus representantes se halle debidamente garantizada» (art. 182 *bis*.3 LSC). La obligación de la sociedad de verificar y garantizar la identidad y legitimación de los socios o de sus representantes constituye un presupuesto de validez de cualquier junta general, considerando que la infracción de las reglas esenciales de constitución del órgano o la participación en este de personas no legitimadas puede constituir un motivo de impugnación de la junta [art. 204.3, letras *a*) y *c*), de la LSC] y acabar comportando la invalidez de esta. En las juntas telemáticas, la única especialidad de esta obligación viene determinada por la propia singularidad de la forma de participación de los socios, sin asistencia física y a través de medios telemáticos, lo que exige aplicar procedimientos de identificación adecuados a esta circunstancia (22). Pero los estándares materiales de conducta a aplicar por la sociedad no deberían diferir de los aplicables en cualquier otra junta, por la obligación de aquella de actuar en todo caso de buena fe, sin culpa grave y de forma diligente a los efectos de apreciar el derecho de los socios y de sus representantes a participar en la junta.

(21) V. al respecto GARCÍA-VALDECASAS, J. A., *op. cit.*, quien infiere de la literalidad del artículo 182 *bis*.1 de la LSC, cuando excluye la asistencia física «de los socios o sus representantes», que los administradores, el presidente y el secretario de la junta habrían de reunirse físicamente, aunque entiende que los estatutos o la convocatoria podrían permitir la asistencia telemática también de aquellos. Pero al margen de otras consideraciones de carácter finalista, el hecho mismo de que la LSC considere celebradas estas juntas «en el domicilio social con independencia de dónde se halle el presidente de la junta» (art. 182 *bis*.6) parece indicar que este régimen también presupone la asistencia telemática de este último y por extensión de todos los demás participantes en la junta. Lo mismo resulta del régimen previsto para las juntas telemáticas en la normativa COVID, que previó expresamente la posibilidad de los administradores de asistir a la reunión «por audioconferencia o videoconferencia» (art. 41.1.d) del RDLey 8/2020 y art.3.1.a) del RDL 34/2020).

(22) En general, sobre las cuestiones de identificación de los socios en las juntas telemáticas puede verse ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «Funcionamiento...», *cit.*, pp. 137 y ss.

Como afirmaron el RDL 8/2020 [art.41.1.d)] y el RDL 34/2020 [art. 3.1.a)], se trata básicamente de adoptar «garantías razonables» para identificar a los socios o sus representantes. De esta forma, la sociedad que cumpla con este deber y permita la asistencia de quien se legitime adecuadamente se liberará –por reproducir los términos del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores en relación con la forma de legitimación de las anotaciones en cuenta (art. 13.2), que coincide con la aplicable a las demás formas de representación de acciones y participaciones– «aunque este no sea el titular del valor» o de la participación social.

Los medios técnicos empleados por la sociedad deben garantizar además el derecho de todos los asistentes a «participar efectivamente en la reunión», permitir a aquellos «ejercitar en tiempo real los derechos de palabra, información, propuesta y voto que les correspondan», así como «seguir las intervenciones de los demás asistentes» (art. 182 *bis*.3 LSC). La asistencia y participación telemática en la junta presupone pues una interacción y comunicación abierta entre los socios y los demás participantes en la misma, como podría ser el presidente, el secretario o cualquier otra persona autorizada para asistir (art. 181 LSC), que por tanto deben poder intervenir y seguir en vivo el desarrollo de la junta. Esta circunstancia debe combinarse en el caso concreto de las sociedades cotizadas con la facultad adicional y complementaria de los socios de emitir o delegar el voto por anticipado mediante correspondencia u otros medios de comunicación a distancia [art. 521.3.a) LSC], posibilidad que en las restantes sociedades de capital exigiría una singular previsión estatutaria (art. 189.2 LSC). Pero excluye, como de hecho ha ocurrido en las juntas telemáticas celebradas por algunas sociedades cotizadas durante la pandemia, que el derecho de intervención o de información de los socios pueda supeditarse a la remisión del correspondiente texto por escrito con una determinada antelación respecto al inicio de la junta (23), a diferencia de lo previsto para la asistencia telemática a juntas físicas o presenciales (art. 182 LSC).

Los medios necesarios para la validez de estas juntas se caracterizan en todo caso por su carácter abierto e indeterminado, como evidencian dos factores adicionales referidos por la propia LSC. El primero se traduce en la obligación de los administradores de implementar estos medios «con arreglo al estado de la técnica» (art. 182. *bis*.3 LSC), por la evolución y desarrollo permanente a la que están sometidos, que desaconseja y hasta impide una excesiva concreción legal o estatutaria de los medios e instrumentos requeridos (24); y obliga también –debe entenderse– a que sean medios fácilmente accesibles para el conjunto de los socios, en el sentido de descartar procedimientos complejos u onerosos que en términos prácticos incapaciten a muchos de ellos para asistir. Y el segundo factor estriba en la necesidad de considerar también al efecto «las circunstancias de la sociedad, especialmente el número de sus socios» (art. 182. *bis*.3 LSC), al ser evidente que los requisitos y procedimientos exigibles para poder comprobar la identidad y legitimación de los socios y para garantizar sus posibilidades de participación activa en la junta difieren notablemente en las sociedades de pocos socios, en las que estos se

(23) V. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «Las juntas...», *cit.*, así como ALCALÁ DÍAZ, M.^a A., «Juntas generales virtuales: excepcionalidad y derechos de socio», *La Ley Mercantil*, n.º 68, 2020, p. 5.

(24) En este sentido, destacando la innecesariedad de llevar a estatutos el concreto régimen de funcionamiento de estas juntas, «por las circunstancias cambiantes de la técnica y de la sociedad», ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «Las juntas...».

conocen personalmente, y en las grandes sociedades cotizadas, que lógicamente necesitan reglas y cauces más estandarizados y formalizados para controlar tanto el «acceso» a la junta general como su desarrollo ordenado.

Atendiendo a la indeterminación y variedad de los medios que pueden ser empleados para la organización y desarrollo de las juntas telemáticas, y al tratarse también de una cuestión que no precisa ser objeto de concreción estatutaria, la LSC exige que los administradores informen en el anuncio de convocatoria de la junta de «los trámites y procedimientos que habrán de seguirse para el registro y formación de la lista de asistentes, para el ejercicio por estos de sus derechos y para el adecuado reflejo en el acta del desarrollo de la junta» (art.182 *bis*.4). Estos requisitos, en todo caso, no pueden condicionar el derecho de asistencia «a la realización del registro con una antelación superior a una hora antes del comienzo previsto de la reunión» (art. 182.*bis*.4 LSC). Esta circunstancia, que no siempre se ha cumplido en el contexto de las juntas generales celebradas durante la pandemia, trata de evitar sin duda que el derecho de los socios a participar en las juntas pueda verse menoscabado en términos prácticos por la necesidad de cumplir los oportunos requisitos de registro con una antelación excesiva (por analogía con lo que ocurre en las reuniones físicas o presenciales, en las que los socios pueden incorporarse a la junta hasta el momento mismo en que dé comienzo), pero permitiendo al propio tiempo que la sociedad disponga de un plazo mínimo a los efectos de verificar la legitimación de los inscritos y de preparar la lista de asistentes.

En el caso específico de las sociedades cotizadas, la disciplina general sobre juntas exclusivamente telemáticas se completa con algunas especialidades de régimen, como la necesidad –ya vista– de combinar la asistencia telemática con la facultad de los socios de poder ejercitar o delegar el voto por anticipado a través de medios postales o electrónicos [art. 521.3.a) LSC], o la obligación de que se levante acta notarial de la reunión [art. 521.3.b) LSC], que parece responder al propósito de reforzar las garantías sobre las formas de organización y desarrollo de estas juntas y de facilitar su control y revisión posterior (25).

III. BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ DÍAZ, M.^a A., «Juntas generales virtuales: excepcionalidad y derechos de socio», *La Ley Mercantil*, n.º 68, 2020.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «Funcionamiento de la junta por medios telemáticos. Intervención notarial», en AA.VV. (dir. Cohen Benchetrit, A.), *Derecho de sociedades y crisis de la empresa en tiempos de pandemia*, Granada, 2021, p. 117 y ss.
- ÍDEM, «Las juntas totalmente telemáticas en la ley 5/2021: cláusula estatutaria, convocatoria y celebración», 21 de abril de 2021, en *hayderecho.expansion.com*.

(25) Como afirman las resoluciones de la DGSJFP de 19 de noviembre de 2020, «tratándose de acta notarial de junta, no puede desconocerse que el desarrollo del proceso decisorio del órgano soberano de la sociedad consta en un documento público que, por la imparcialidad del notario, comporta una garantía para la protección de los derechos de la minoría».

- COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, *Informes de gobierno corporativo de las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados regulados*, ejercicio 2019.
- CORBERÁ MARTÍNEZ, J. M., «Convocatoria, asistencia y votación del socio en la junta a través de medios telemáticos», en AA. VV., *Derecho de sociedades. Los derechos del socio*, Valencia, 2020, p. 557 y ss.
- GÁLLEGO LANAU, M., «La celebración de la junta íntegramente virtual: ¿debería extenderse más allá del estado de alarma?», *RDMC*, n.º 26, 2020.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y VELÁZQUEZ, J., «Estado de alarma y sociedades cotizadas: cuestiones relativas a la junta de accionistas y al consejo de administración», 23 de marzo de 2020, en *almacenederecho.org*.
- GARCÍA-VALDECASAS, J. A., «Modificación de la Ley de Sociedades de Capital sobre fomento de la implicación de los accionistas, juntas telemáticas, votos de lealtad y asesores de voto», 26 de abril de 2021, en *notariosyregistradores.com*.
- MARTÍN MARTÍN, J., «Junta de sociedad limitada exclusivamente telemática», 4 de mayo de 2021, en *notariosyregistradores.com*.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M^a T., «Estado de alarma y decisiones corporativ» *RdS*, n.º 59, 2020, p. 45 y ss.
- MORALES BARCELÓ, J., «La participación en la junta por medios telemáticos: asistencia y ejercicio del derecho de voto», *La Ley Mercantil*, n.º 70, junio 2020.
- PEINADO GRACIA, J. I., «Derecho de sociedades no analógico», *La Ley Mercantil*, n.º 69, 2020, p. 5 y ss.
- VAÑÓ VAÑÓ, M.^a J., «Participación de los socios en la junta general de las sociedades cotizadas y tecnologías de la información», en AA. VV., *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados*, t.I, Pamplona, 2019, p. 771 y ss.

¿HAN VENIDO PARA QUEDARSE LAS VISTAS TELEMÁTICAS?

Fernando GASCÓN INCHAUSTI*

Resumen

Las vistas telemáticas han sido uno de los principales remedios para mantener la actividad judicial en tiempos de pandemia. Concebidas inicialmente como un equivalente funcional de las audiencias presenciales –restringidas por razones de salud pública–, han demostrado una gran capacidad para impulsar la eficiencia de la justicia civil. Este éxito está exhortando a los legisladores nacionales a generalizar su uso en un escenario post-pandémico, en el marco más amplio de una modernización tecnológica de la Administración de Justicia. La apuesta por las vistas telemáticas, sin embargo, no está exenta de peligros, especialmente cuando se pretende utilizar este formato para actuaciones en que se practican pruebas y de las que puede depender el resultado del litigio. Están en juego principios y garantías esenciales del proceso, asociados a la opción por la oralidad, como la inmediación y la publicidad. Y se corre en todo caso el riesgo de promover, para ciertos asuntos, una especie de justicia low cost, alejada quizá de los estándares que requiere el derecho a la tutela judicial efectiva.

Palabras clave

Vistas telemáticas, proceso civil y pandemia, oralidad, inmediación, publicidad del proceso, justicia electrónica, proceso civil y nuevas tecnologías.

Abstract

Virtual hearings have been one of the main remedies for maintaining judicial activity in times of pandemic. Initially conceived as a functional equivalent of face-to-face hearings –restricted for public health reasons– they have demonstrated a great capacity to boost the efficiency of civil justice. This success is urging national legislators to generalise their use in a post-pandemic scenario, within the broader framework of a technological modernisation of the administration of justice. The commitment to telematic hearings, however, is not without its dangers, especially when it is intended to use this format for hearings in which evidence is taken and

* Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid. fgascon@ucm.es

on which the outcome of the process may depend. Essential principles and procedural safeguards, associated with the option for orality, such as immediacy and publicity, are at stake. In any case, there is a risk of promoting, for certain matters, a kind of low-cost justice, perhaps below the standards required by the right to an effective judicial remedy.

Keywords

Virtual hearings, civil procedure and pandemic, oral proceedings, immediacy, public proceedings, electronic justice (e-justice), civil procedure and new technologies.

SUMARIO. I. Un poco de contexto: la situación de la Justicia civil española antes de la pandemia. II. Pandemia y tratamiento de choque: las vistas telemáticas como remedio de emergencia. 1. La realización preferente de las vistas en formato telemático. 2. La asunción legal de las limitaciones de las vistas telemáticas. III. El escenario tras la pandemia: ¿las vistas telemáticas como pieza habitual de los procesos judiciales? 1. La normalización de las vistas telemáticas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal. 2. Vistas telemáticas, oralidad e inmediación. 3. Vistas telemáticas y publicidad de las actuaciones. IV. Conclusión. V. Bibliografía.

Como en muchos otros ámbitos, el impacto de la pandemia asociada a la COVID-19 sobre la Administración de Justicia ha sido negativo. El primer estado de alarma – entre marzo y junio de 2020– y las subsiguientes medidas sanitarias determinaron inicialmente una parálisis y después una ralentización en el funcionamiento de una estructura que, en muchos lugares, ya era de partida deficiente en cuanto a duración y eficacia. Desde un enfoque más «resiliente» se escucha que la crisis provocada por la pandemia está constituyendo también una oportunidad para la mejora de la Justicia española, que habrá de venir de la mano de las «nuevas tecnologías», convertidas en tabla de salvación en tiempos de restricciones a la movilidad y a la reunión de personas. La pandemia puede acabar así sirviendo para impulsar una transformación digital de la Administración de Justicia española que, de no haberse producido el revulsivo asociado a la crisis sanitaria, tal vez se percibiría aún como un mero deseo difícil de alcanzar. Las vistas telemáticas, que se han generalizado en los últimos meses, son la parte más visible de esta transformación y la prueba de que una suerte de «nueva modernidad» quiere abrirse camino en la Justicia civil española.

I. UN POCO DE CONTEXTO: LA SITUACIÓN DE LA JUSTICIA CIVIL ESPAÑOLA ANTES DE LA PANDEMIA

En marzo de 2020 la Justicia civil española está atravesando una de sus recurrentes crisis de identidad. (1) El proceso civil lleva casi dos décadas funcionando

(1) Acerca de los factores determinantes de la crisis, cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A., «Sobre la calidad de la Justicia en España», *International Journal of Procedural Law*, 2011-1, pp. 19-49.

con arreglo a los esquemas de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Y lo hace razonablemente bien, si se tiene en cuenta la tradicional raquítica financiación con la que se ha visto obligado a sortear la litigación masiva asociada a la crisis financiera de 2008-2014. Se ha consolidado un modelo procesal centrado en la oralidad y en la inmediatez, al servicio de la calidad: se busca colocar al juzgador –singularmente, al juzgador de la primera instancia– en las mejores condiciones para dictar la mejor sentencia posible. Oralidad, inmediatez, contradicción y publicidad reales han sido la clave para la transformación –a mejor– del proceso civil tras la LEC (2).

Esta apuesta por la oralidad –y por todo lo que lleva asociada– es el resultado de una clara opción de política legislativa (3). En el panorama comparado, sin embargo, el paradigma está cambiando: a comienzos de 2020 hace tiempo que predominan las propuestas que preconizan la construcción de sistemas integrales de solución de las controversias privadas sobre la base de las nociones de eficiencia y proporcionalidad. Los Estados deben diseñar –y sostener económicamente– sistemas que permitan la solución de controversias buscando el equilibrio entre coste, duración y calidad, resolviendo las tensiones entre estas variables con criterios de proporcionalidad; en detrimento, si procede, de la oralidad, y con una confianza casi ciega en la revolución digital como herramienta para obtener la cuadratura del círculo. La búsqueda de la eficiencia con parámetros de proporcionalidad deja de ser tarea exclusiva del legislador, de quien cabe esperar que formule en términos generales –en la ley procesal– de qué manera se han de cohesionar estas variables. En lo sucesivo, se espera también que se haga en cada caso concreto, por el juez –a través de la noción de *case management* o «gestión activa del proceso». El resultado ha de ser la transición hacia una mayor flexibilidad procedimental, que requiere la cooperación de las partes entre sí y con el tribunal y para la que resulta igualmente básico el uso de herramientas tecnológicas. (4)

(2) Oralidad e inmediatez son también la regla en el proceso penal y en el proceso laboral; y su consecución real y eficaz sigue siendo el caballo de batalla –si no la gran paradoja– en el contencioso-administrativo.

(3) Al margen de la propia Exposición de Motivos de la LEC, las razones de esta opción se explican magistralmente por DE LA OLIVA SANTOS, A., «Sobre los criterios inspiradores del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 30 de octubre de 1998», *Revista de Derecho Procesal*, 1999-2, pp. 359-394; «Sobre la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: criterios inspiradores e innovaciones principales», *Tribunales de Justicia*, 2000-2, pp. 127-141. En general, cfr. CARPI, F. y ORTELLS RAMOS, M. (eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Universidad de Valencia, Valencia, 2008.

(4) Esta tendencia irrumpió con fuerza con la reforma procesal civil inglesa que condujo a la aprobación en 1998 de las *Civil Procedure Rules* (la conocida como *Woolf reform*) y se ve con claridad en la *Rule 1.4 [Court's duty to manage cases]*. (1) *The court must further the overriding objective by actively managing cases.* (2) *Active case management includes — (k) making use of technology.* Es también visible en reformas nacionales posteriores [sin ánimo de exhaustividad, Quebec (2002), Noruega (2005), Rumanía (2012) o Brasil (2015)] y en la propia normativa de la Unión Europea [cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., «El diablo está en los detalles: la importancia de las normas procedimentales para el legislador procesal europeo», en López Sánchez, J. y Herrero Perezagua, J.F. (dirs.), *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 285-320], al tiempo que impregna una reciente iniciativa de armonización del proceso civil a través de las *European Rules of Civil Procedure* [para una primera aproximación, cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Las *European Rules of Civil Procedure*: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil?», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2021) Vol. 13, n.º 1, pp. 277-297].

En la España de marzo de 2020 se aprecia cómo la sobrecarga de trabajo derivada de la crisis financiera, no remediada en un contexto de austeridad mal gestionada, ha provocado inevitablemente un peor rendimiento del sistema de justicia civil: la oralidad incrementa la calidad, pero requiere medios, sin los cuales puede provocar dilaciones. Este dato, deliberadamente desconectado de sus causas, se viene utilizando al menos desde hace una década como *leitmotiv*, entre otras cosas, para justificar dos grandes líneas de solución:

a) Como primer remedio, por razones también de eficiencia y proporcionalidad, se propugna la huida del proceso judicial y el recurso a los medios alternativos de solución de controversias, pero no es un debate en el que aquí se deba ahondar más.

b) De otro lado, se considera imprescindible acudir a las nuevas tecnologías como vía primordial de acción para la mejora de los procesos judiciales: una parte sustancial de los problemas que aquejan a la Administración de Justicia se pueden corregir si se aplican soluciones tecnológicas. (5) La mayor y más eficaz incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación a la actividad judicial es un mantra recurrente, que no admite rechazo en cuanto tal, pues obedece a una constatación evidente: determinadas herramientas tecnológicas mejoran sensiblemente en términos de eficiencia (= mayor o igual calidad a menor coste) la gestión de procedimientos y actividades complejas de todo tipo. Y, desde luego, es una cuestión que ha preocupado a legisladores y gestores de lo público en España desde hace ya mucho tiempo. (6)

A comienzos de 2020 la Justicia española ha hecho importantes avances en el frente de la digitalización. El enfoque instrumental es constante: la tecnología ha de aprovecharse para lograr una tramitación más eficiente de los procesos judiciales. Se han sucedido ya numerosos planes de acción a nivel estatal y autonómico para la digi-

(5) A pesar de lo reciente de su publicación, se ha convertido ya en clásico el trabajo de SUSSKIND, R., *Tribunales online y la Justicia del futuro*, La Ley, Madrid, 2020.

(6) En efecto, el legislador español abrió ya en 1985 las puertas al empleo en el proceso «de cualesquiera medios técnicos de documentación y reproducción», con el único requisito de que «ofrezcan las debidas garantías de autenticidad» (versión original del art. 230 LOPJ). El precepto se modificó en 1994 (LO 16/1994, de 8 de noviembre), para permitir a los órganos judiciales «utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones» (art. 230.1 LOPJ), así como para aludir a «los procesos que se tramiten con soporte informático» (art. 230.3 LOPJ) y para reconocer el derecho de los justiciables a relacionarse a través de dichos medios con la Administración de Justicia. Con la reforma de 2015 (Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio) se produjo un cambio significativo: la utilización de medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos deja de ser una facultad para los tribunales y se convierte en un deber (nueva versión del art. 230.1 LOPJ). En 2018 (Ley Orgánica 4/2018, de 28 de diciembre) se opera la vuelta de tuerca definitiva: los justiciables estamos también obligados a relacionarnos con la Administración de Justicia a través de medios técnicos «cuando así se establezca en las normas procesales», siempre que sean compatibles con los que dispongan los órganos judiciales «y se respeten las garantías y requisitos previstos en el procedimiento de que se trate». En paralelo, se aprobó en 2011 una norma específica para potenciar el uso de las TICs en la Administración de Justicia, la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. Su impacto, sin embargo, fue muy limitado, posiblemente porque debía haberse impulsado en un periodo en que los recortes en el gasto público lo impidieron. En 2015, cuando las circunstancias permitieron relanzar de forma sistemática la digitalización, el legislador no miró a la LUTICAJ, sino que optó por desarrollar reformas sectoriales en los diversos textos procesales. Más que la visión de conjunto, se consideró más eficaz la dispersión regulatoria.

talización de la Justicia española, con unos resultados desiguales (7), pero con un balance, en todo caso, positivo.

El buque insignia son las notificaciones electrónicas –efectuadas a través de Lexnet o de las plataformas equivalentes establecidas por algunas Comunidades Autónomas–, que han contribuido a mejorar la eficiencia de la Administración de Justicia. Pero hay otras muchas piezas que reflejan un progreso más que adecuado en la incorporación de la Justicia española al «tren de la tecnología». Desde 2003, el artículo 229.3 LOPJ permite el recurso a la videoconferencia para llevar a cabo declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de pericias y vistas. El Punto Neutro Judicial, por su parte, se ha convertido en pieza básica para el funcionamiento cotidiano de los tribunales, ofreciendo acceso directo a una amplia red de aplicaciones y bases de datos que contienen información relevante para la actividad judicial. De forma singular, el PNJ es muy útil para la averiguación patrimonial en sede de ejecución, un ámbito en el que se ha revelado de la máxima eficacia otra herramienta, el embargo masivo de cuentas a la vista (ECCV), impulsado en 2011 sobre la base de un acuerdo entre el CGPJ y las asociaciones bancarias. Desde 2015, las subastas judiciales se desarrollan también de forma electrónica, a través del Portal de Subastas Electrónicas ubicado en la página web del BOE –en competencia, de hecho, con el portal lanzado por el Consejo General de Procuradores–. De forma más global, la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia (LUTICAJ) regula el expediente judicial electrónico como pieza clave para dar soporte a una tramitación realmente electrónica de los procesos, aunque su desarrollo está aún lejos de completarse. (8)

II. PANDEMIA Y TRATAMIENTO DE CHOQUE: LAS VISTAS TELEMÁTICAS COMO REMEDIO DE EMERGENCIA

Cuando irrumpe la pandemia, la primera reacción fue drástica: en consonancia con el objetivo general de frenar los contagios a través de un confinamiento estricto, la Disposición Adicional 2ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, acuerda la suspensión de todos los términos y la suspensión e interrupción de

(7) Esta asimetría en el progreso hacia la digitalización se explica en gran medida por un mecanismo ineficiente de gobernanza de la justicia, en la que confluyen el Gobierno central, algunos gobiernos autonómicos y el CGPJ. La digitalización de la justicia requiere una combinación de impulsos sobre diferentes factores, materiales y humanos, que lamentablemente, no están bien coordinados: la gestión de los medios materiales y de parte de los recursos humanos es compartida entre el Gobierno nacional y los gobiernos autonómicos; la gestión de los recursos humanos involucra también al Consejo General del Poder Judicial –en lo atinente a los jueces–. De una forma difícil de explicar, los diferentes gobiernos autonómicos tienen sus propios planes de digitalización de la justicia e incluso han desarrollado sus propias herramientas informáticas para la gestión procesal, que no siempre son compatibles entre sí o con la generalmente diseñada por el Ministerio de Justicia para las Comunidades Autónomas que no tienen transferidas las competencias en materia de «administración de la justicia». Estas líneas de acción, además, no siempre responden a las demandas de los propios jueces, canalizadas a través del Consejo General del Poder Judicial.

(8) En el ámbito territorial del Ministerio de Justicia, por ejemplo, el sistema *Minerva-NOJ* se ha diseñado para lograr una gestión electrónica completa de los asuntos; y *Visor Horus* permite consultar la información incorporada a los expedientes judiciales electrónicos.

todos los plazos procesales, con una serie de excepciones. (9) Se produjo con ello una paralización *de facto* de la actividad judicial: la suspensión de términos y plazos dejó sin efecto el impulso procesal, necesario para el avance de las actuaciones; vistas y juicios programados se aplazaron, sin que resultara sencillo determinar la nueva fecha de celebración o reanudación; las sedes judiciales se cerraron al público; y buena parte del personal de los órganos jurisdiccionales hubo de permanecer en sus domicilios, sin que se pudieran implementar de forma rápida ni sencilla instrumentos de teletrabajo.

Esta parálisis, sin embargo, no era sostenible: la actividad jurisdiccional no podía quedar en suspenso, dado su significado constitucional y su función social en tiempos de crisis; desde un punto de vista más pragmático, tampoco se podía consentir la congestión que provocaba. De forma más bien «artesanal», los órganos judiciales trataron de recuperar paulatinamente su actividad, en muchas ocasiones a base de buena voluntad e improvisación procedimental. El teletrabajo de algunos y el trabajo presencial de otros –en tanto que servicios esenciales– mantuvo en funcionamiento las oficinas judiciales, aunque fuese imposible sostener el ritmo habitual. Y, sobre la base del portillo abierto por el artículo 229.3 LOPJ (10), se empezaron a desarrollar por medio de videoconferencia determinadas actuaciones procesales urgentes que requerían de oralidad.

Se abrió paso así el recurso a las vistas telemáticas como «equivalente funcional de emergencia», que permitía cohonestar la necesidad de una Administración de Justicia operativa, la protección de la salud –individual y colectiva– y el respeto a la forma oral legalmente exigida para el desarrollo de buena parte de las actuaciones procesales. Como puede fácilmente imaginarse, esta fue también la tendencia generalizada desde el comienzo, en buena parte de los países desarrollados y más tarde en otros que, confiando en una duración más breve de la situación de emergencia, optaron al principio de la pandemia, a lo sumo, por convertir en escritos los trámites orales. (11) En muchos países –incluido el nuestro–, el recurso a las vistas telemáticas, como cara visible de la «solución tecnológica» ante la emergencia pandémica, puso de manifiesto hasta qué punto se había avanzado suficientemente o no en la digitalización de la justicia. Al fin y al cabo, para que fuera posible y útil este «equivalente funcional de emergencia», era necesario que el sistema en su conjunto estuviera ya operativo de antemano con esquemas digitales.

(9) En materia civil, los procesos para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico y los de adopción de medidas o disposiciones de protección del menor previstas en el artículo 158 del Código Civil.

(10) Recuérdese que el listado de actuaciones que pueden desarrollarse por esta vía se cierra con una referencia genérica a las «vistas».

(11) Para un análisis detallado –que no es posible en el marco de este trabajo–, cfr. KRANS, B. y NYLUND, A. (eds.), *Civil Courts Coping with Covid-19*, Eleven International Publishing, La Haya, 2021.

1. LA REALIZACIÓN PREFERENTE DE LAS VISTAS EN FORMATO TELEMÁTICO

La opción por las vistas telemáticas en el contexto de la pandemia recibió un primer refrendo del RDL 16/2020 (12). Durante su vigencia, las actuaciones telemáticas se empezaron a utilizar de manera más sistemática como herramienta para impulsar la descongestión y tanto el Consejo General del Poder Judicial como el Ministerio de Justicia elaboraron unas guías de uso o buenas prácticas (13). La tramitación parlamentaria del RDL 16/2020 como proyecto de ley condujo a la aprobación de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Su artículo 14, que estará vigente hasta la finalización de la situación de crisis sanitaria, (14) mantiene en su apartado 1 la regla general –introducida en el RDL 16/2020– de que «constituido el juzgado o tribunal en su sede, los actos de juicio, comparecencias, declaraciones y vistas y, en general, todos los actos procesales, se realizarán preferentemente mediante presencia telemática, siempre que los juzgados, tribunales y fiscalías tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello».

Aunque se hable en ella de «todos los actos procesales», la norma solo tiene sentido respecto de los actos orales, en los que se requiere la presencia de las partes y/o de sus defensores y/o representantes y, en su caso, de terceros; la presentación de escritos ya se viene efectuando de forma electrónica de manera habitual y no tiene sentido que se vea afectada por esta regla de emergencia. Asimismo, la noción de «presencia telemática» no se define, pero se comprende sin dificultad que se refiere a la participación a través de una plataforma de videoconferencia que permita la actuación simultánea de todos los protagonistas mediante conexión a internet.

Ha de notarse, igualmente, que la aplicación del precepto está supeditada a que los órganos judiciales y fiscalías dispongan de los medios técnicos necesarios. Se presume, por tanto, que los litigantes sí que los poseen, algo cuestionable en más situaciones de las imaginables, incluidos los asuntos en que no es preceptiva la asistencia letrada (juicios penales por delito leve y procesos civiles de cuantía inferior a 2000 euros, entre otros). En situaciones de «brecha digital», por tanto, será preciso ofrecer opciones viables a los justiciables afectados, posiblemente en apli-

(12) Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Se ha criticado con acierto la inclusión de las vistas telemáticas en la categoría de medidas «organizativas» [TORRES ROSELL, N., «Medidas ¿organizativas y tecnológicas? aprobadas en el RDL 16/2020», *Diario La Ley*, n.º 9641 (27 de mayo de 2020)].

(13) El CGPJ aprobó el 27 de mayo de 2020 una *Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas*; por su parte, el 9 de junio de 2020 se aprobó la *Guía para la celebración de actuaciones judiciales con medios telemáticos en el ámbito competencial del Ministerio de Justicia*.

(14) En principio, la norma estará vigente hasta el 20 de junio de 2021. No obstante, según la disposición transitoria segunda, si en esa fecha persistiera la crisis sanitaria –algo más que previsible en el momento de escribir estas líneas– las medidas previstas serán de aplicación en todo el territorio nacional hasta que el Gobierno declare de manera motivada y de acuerdo con la evidencia científica disponible, previo informe del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

cación del apartado 5 del mismo artículo 14, en virtud del cual «[s]e adoptarán las medidas necesarias para asegurar que en el uso de métodos telemáticos se garanticen los derechos de todas las partes del proceso». (15)

La norma no se presenta como taxativa, pero sí establece una «preferencia» por el formato telemático: parece, pues, que será la celebración presencial la que habrá de justificarse en cada caso concreto. En principio, la iniciativa para optar por la celebración telemática o presencial de una actuación oral debe corresponder al tribunal, que puede imponérsela a las partes: el objetivo del precepto es atribuir al tribunal la potestad de definir el concreto formato de una actuación oral, en función de las circunstancias del caso y del propio órgano judicial (agenda, espacio disponible, situación epidemiológica local, entre otras). Abunda en este sentido la previsión del artículo 14.5, antes mencionada: solo surge el deber de «paliar» las consecuencias del contexto telemático sobre los derechos de las partes si estas están obligadas a asumir un formato diferente al habitual.

Frente a esta «preferencia» por las vistas telemáticas se ha establecido, no obstante, una suerte de regla inversa en el apartado 6 del mismo artículo 14: el juez o letrado de la Administración de Justicia ante quien se celebren actos procesales mediante presencia telemática «podrá decidir la asistencia presencial a la sede del juzgado o tribunal de los comparecientes que estime necesarios». Existe, pues, la potestad de forzar la presencia personal de sujetos que habrían preferido una presencia telemática, aunque razones de salud individual, por supuesto, deberían constituir límites implícitos al ejercicio de esta potestad. Se reconoce así la atribución al juez –o al letrado de la A. de J., en su ámbito– de un equívoco poder de gestión procesal en relación con el formato de las vistas.

En el contexto actual resulta difícil imaginar un rechazo a la elección judicial que se funde en una hipotética menor calidad de la actividad desarrollada de manera telemática: aunque la alegación pueda estar fundada, según se verá más adelante, se ve contrarrestada por las exigencias derivadas de la situación de emergencia sanitaria. Podría también objetarse el formato telemático aduciendo la carencia de medios técnicos para afrontar el acto procesal con plenas garantías, pero en tal caso entraría en juego el deber de ofrecer medidas adecuadas en virtud del artículo 14.5: solo si no fueran viables cabría pensar en un retorno a la presencialidad física, aunque ello podría determinar el retraso de la actuación procesal a un momento posterior, tal vez indeterminado.

En los primeros momentos de aplicación de la norma –al amparo todavía del artículo 19 del RDL 16/2020 (antes y a lo largo del verano de 2020)– fue habitual ofrecer a las partes la opción entre una actuación telemática relativamente cercana en el tiempo o una actuación oral en formato presencial muy demorada; influía en este proceder, posiblemente, la percepción de que la pandemia duraría menos de lo que, lamentablemente, parece que durará. En el momento de finalizar estas páginas (abril de 2021) la percepción parece ser la inversa: se asume la normalidad del formato telemático, cuando así lo acuerda el tribunal y se formulan si acaso objeciones

(15) Es previsible que esta sea una de las funciones encomendadas a las Oficinas de Justicia en los municipios contempladas en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de Justicia, de reciente aprobación en el momento de cerrar estas líneas (nuevos arts. 439 ter y siguientes).

a la comparecencia personal en los casos en que el tribunal se decanta por la celebración del acto con presencia física.

A lo anterior debe sumarse el alcance del inciso inicial del artículo 14.1 de la Ley 3/2020 –«constituido el juzgado o tribunal en su sede»–: en las actuaciones orales telemáticas el juez, los magistrados y/o el letrado de la A. de J. deben hallarse en la sede oficial, no en otro lugar. La regla únicamente tiene sentido desde una perspectiva meramente organizativa, asumiendo que solo están garantizados el equipamiento informático, el software y la asistencia técnica en las dependencias judiciales –algo que, sin duda, debería reconsiderarse de cara al futuro–. En todo caso, la norma no parece obligar a que juez y letrado de la A. de J., o los varios magistrados de un órgano colegiado, compartan el mismo espacio físico durante la celebración del acto en cuestión: bien pueden hacerlo cada uno desde su despacho, si razones sanitarias lo aconsejan. En esta misma idea –por motivos sanitarios no se puede obligar a los jueces a compartir el mismo espacio físico de forma prolongada– abunda la regla del apartado 3 del mismo artículo 14 en relación con las deliberaciones: *«tendrán lugar en régimen de presencia telemática cuando se cuente con los medios técnicos necesarios para ello»*.

2. LA ASUNCIÓN LEGAL DE LAS LIMITACIONES DE LAS VISTAS TELEMÁTICAS

Con este respaldo normativo un tanto escuálido las vistas telemáticas se han convertido en el equivalente funcional de los actos orales tradicionales. Un número muy elevado de actuaciones procesales civiles se desarrollan por estos cauces, especialmente audiencias previas, pero también las vistas o los actos del juicio en procesos sencillos y/o reiterativos (litigación bancaria o asociada al llamado «cártel de los camiones», por ejemplo). De hecho, se han convertido en igualmente habituales los formatos «híbridos», con sujetos que intervienen de forma telemática –alguna de las partes, testigos, peritos– y otros presentes con el tribunal en la sala de vistas. Conviene insistir, no obstante, en esta noción de la equivalencia funcional: se trata de una manera de proceder que produce efectos similares a aquella a la que reemplaza, pero que no es idéntica a ella. Su uso actual se justifica por la situación de emergencia sanitaria, dado que las reuniones de varias personas en lugares cerrados durante un tiempo prolongado entrañan riesgos para la salud –en sí mismos y por todo lo que comportan– e, incluso, pueden chocar en determinadas ocasiones con limitaciones a la movilidad y a los desplazamientos.

Precisamente porque las vistas telemáticas no son iguales a las vistas ordinarias se han establecido una serie de excepciones en el apartado 2 del mismo artículo 14, todas ellas en el ámbito de la justicia penal:

a) En los juicios por delito grave será necesaria la presencia física del acusado y de su abogado (16); también si el delito es menos grave, pero se ha pedido una pena de prisión superior a dos años (en este caso, solo si así lo solicitan el

(16) La presencia del abogado será necesaria, en realidad, solo si lo pide este o el propio acusado; pero cabe suponer que siempre será así.

acusado o su defensa). Esta regla, tal y como está formulada, no se aplica a las partes acusadoras ni a los responsables civiles, ni tampoco a los testigos y peritos que deban declarar y que pueden hacerlo por videoconferencia, dada la vigencia general del artículo 229.3 LOPJ. En la práctica, por tanto, se legitiman los formatos híbridos antes descritos para la celebración de los juicios orales por delito grave, tomando, para la actividad presencial, las precauciones sanitarias adecuadas, incluidas las restricciones en el acceso del público a las salas de vistas (art. 15) y la dispensa del uso de togas (art. 17).

b) Además de en el juicio oral, se requerirá la presencia física del investigador o acusado, a petición propia o de su defensa letrada, en la audiencia que ha de sustanciarse para decidir sobre la solicitud de prisión provisional formulada por alguna de las acusaciones.

De estas excepciones se deduce el valor especial que el legislador reconoce a la presencia física del sujeto pasivo del proceso ante el instructor o ante el tribunal: por mucha equivalencia funcional que pudiera suministrar una presencia telemática, no se quiere renunciar a la confrontación directa entre el investigado o el acusado y el órgano judicial que puede acabar tomando una decisión de impacto grave sobre su esfera personal.

El tan traído y llevado apartado 5 del artículo 14, cuando insiste en que se adopten las medidas necesarias para garantizar «los derechos de todas las partes», pone de relieve cómo el legislador es consciente de que en contextos telemáticos puede ser preciso adoptar salvaguardas adicionales. Se trata, en sí misma, de una norma sumamente defectuosa por su imprecisión, que, además, contribuye a generar una sensación de desconfianza ante los actos procesales telemáticos –«algo malo o peligroso deben de encerrar, cuando el legislador advierte de la necesidad de garantizar derechos», podría decirse. Esa sensación se concreta en el segundo inciso del precepto, que insiste en la necesidad de garantizar «en todo caso el derecho de defensa de los acusados e investigados en los procedimientos penales, en particular, el derecho a la asistencia letrada efectiva, a la interpretación y traducción y a la información y acceso a los expedientes judiciales»: se reconoce así legalmente que el contacto interpersonal directo tiene un valor difícilmente explicable, pero que puede repercutir sobre la calidad de la actividad procesal –en la que se incluye la calidad del ejercicio del derecho de defensa. (17)

(17) Algo semejante sucede con las exploraciones médico-forenses y de los equipos psicosociales a que se refiere el artículo 16 de la Ley. Por razones sanitarias se permite que los informes médico-forenses se realicen basándose únicamente en la documentación médica disponible; y se prevé igualmente que actúen de este modo –es decir, con base documental– los equipos psicosociales de menores y familia y las unidades de valoración integral de violencia sobre la mujer. No obstante, «de oficio, o a requerimiento de cualquiera de las partes o del facultativo encargado, el juez podrá acordar que la exploración se realice de forma presencial». Esta última válvula de escape es claramente reveladora de la importancia de la presencialidad para que determinados actos puedan cumplir la finalidad para la que están previstos.

III. EL ESCENARIO TRAS LA PANDEMIA: ¿LAS VISTAS TELEMÁTICAS COMO PIEZA HABITUAL DE LOS PROCESOS JUDICIALES?

1. LA NORMALIZACIÓN DE LAS VISTAS TELEMÁTICAS EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL

Mientras la emergencia sanitaria persista poco se puede añadir: las vistas telemáticas son un sucedáneo o «equivalente funcional» aceptable de las actuaciones orales al que se acude por razones de necesidad, que se considera preferible a la parálisis o a la sustanciación por escrito de trámites previstos como orales –v. g., las declaraciones de testigos. A medida que la situación de emergencia sanitaria se prolonga, lo que inicialmente era excepcional se va normalizando y se plantea la posibilidad de que las vistas telemáticas pasen a ser una pieza habitual de los procesos judiciales. Esto es lo que preconiza el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (ALMEP, en lo sucesivo), actualmente en fase de informes: de aprobarse, se generalizará el uso de la videoconferencia para todo tipo de actuaciones judiciales orales en el ámbito jurisdiccional civil (nuevo art. 129.4 LEC), incluidas las declaraciones domiciliarias de las partes (nuevo art. 311.1 LEC), las ratificaciones de los peritos (nuevo art. 346 LEC) y las declaraciones de testigos residentes en otro partido judicial (nuevo art. 364 LEC). (18) De modo singular, se prevé que el tribunal, de oficio o a instancia de alguna de las partes, acuerde la celebración telemática de la audiencia previa al juicio (art. 414.2 LEC), del acto del juicio en el juicio ordinario (art. 432.1 LEC) y –cuando se celebre– de la vista del juicio verbal (art. 443.1 LEC). Por remisión, estas reglas se aplicarán también a las vistas que, en su caso, se celebren en la tramitación de los recursos de apelación y casación.

Todas las actuaciones orales –y, desde luego, las más sustanciales– serán susceptibles así de celebración telemática, pero sin que se hayan prefijado los criterios o las razones para optar por una u otra modalidad. La celebración presencial será la regla general por defecto (19) –en contraste con la preferencia por la modalidad telemática en tiempos de pandemia–, pero bastará con la decisión del juez, no necesariamente motivada, para que resulte procedente el formato telemático. (20) Como complemento, se propone una regulación más detallada acerca del modo de

(18) La videoconferencia será la forma preferente de realizar actuaciones fuera del partido judicial, con preferencia sobre el auxilio judicial (arts. 129.2 y 169 LEC). Se trata de una innovación muy acertada, pues es preferible el contacto del juez con testigos y peritos a través de la pantalla sobre la lectura de un pliego escrito de respuestas vertidas ante un funcionario de otro órgano judicial.

(19) Se manifiesta con rotundidad en contra de que la celebración telemática mediante el uso de la videoconferencia se convierta por defecto en la forma ordinaria de llevar a cabo las actuaciones judiciales orales BANACLOCHE PALAO, J., «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?», *Diario La Ley*, n.º 9814 (19 de Marzo de 2021), III-II.

(20) De forma gráfica, se sugiere la celebración de «pactos de sumisión telemática» de profesionales y partes, para evitar al máximo suspensiones de señalamientos (cfr. ABELLÁN ALBERTOS, A., «Actuaciones procesales mediante videoconferencia: cuestiones a tener en cuenta en un juicio telemático civil por un abogado», *Práctica de Tribunales*, n.º 147 (noviembre 2020), III.1.a).

realizar actuaciones mediante videoconferencia, en particular respecto de su documentación y del lugar desde el que han de intervenir sus protagonistas (21): a tal fin se dedicará el nuevo artículo 137 bis LEC, significativamente ubicado tras el precepto sobre inmediación. (22)

El objetivo de todos estos cambios, según el preámbulo del ALMEP (apartado VIII), es evitar el desplazamiento de los ciudadanos y profesionales, así como la concentración de personas en las oficinas judiciales. Se combinan, por tanto, razones de eficiencia –evitar desplazamientos ahorra tiempo y costes– y razones de salud pública –reducir las concentraciones de personas es una de las lecciones aprendidas con la pandemia–. Se advierte así una evolución en el fundamento de las vistas telemáticas: tanto el RDL 16/2020 como la Ley 3/2020 vinculan su introducción únicamente con la necesidad de preservar la salud; (23) con el ALMEP, en cambio, se añade la eficiencia como elemento con virtualidad suficiente como para legitimarlas por sí misma en un futuro post-pandémico.

Se trata, en todo caso, de fines válidos: preservar la salud pública lo es, pero también es en abstracto legítimo fundar un cambio en el objetivo de fomentar la eficiencia de la Administración de Justicia; ya se ha dicho antes que ese es, desde comienzos del milenio, el signo de los tiempos en materia procesal. Muchos jueces, (24) abogados y procuradores valoran positivamente el formato telemático de las actuaciones orales durante estos meses de pandemia, especialmente de las audiencias previas, porque les permite gestionar mejor su tiempo: sigue habiendo esperas, pero no se tiene la sensación de «haber perdido una mañana» cuando esas esperas se soportan en el propio despacho, trabajando en otros asuntos. Las mayores reticencias se advierten, por supuesto, respecto de las actuaciones que encierran actividad probatoria. Se percibe, aunque resulte difícil verbalizar las razones, que las actuaciones orales en formato telemático no aportan el mismo «valor añadido» que las actuaciones orales presenciales, especialmente cuando se trata de actos de cuyo contenido depende la toma de decisiones relevantes para las partes.

Es evidente, en este sentido, que la celebración telemática de una audiencia afecta a principios procesales esenciales asociados a la oralidad, cuyo contenido y alcance, sin embargo, no tienen unos límites absolutos.

(21) La regla general es hacerlo desde la Oficina judicial o el juzgado de paz del domicilio o lugar de trabajo, aunque el juez también puede permitir que las intervenciones se hagan «desde cualquier lugar», siempre que disponga de los medios adecuados para asegurar la identidad del interviniente (esto último es, de hecho, lo que se está haciendo en este periodo de emergencia sanitaria). Las vistas convocadas telemáticamente, por otro lado, podrán suspenderse por imposibilidad técnica, que impida su realización en las condiciones necesarias para su buen desarrollo (nuevo art. 188.1.8º LEC).

(22) En el ámbito penal, el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal contempla la inclusión en la LECrim de una nueva Disposición adicional octava, de contenido prácticamente idéntico al artículo 14.2 de la vigente Ley 3/2020: tras una remisión general al régimen de la LEC, se establecen excepciones para los juicios por delito grave, las «vistillas» para la adopción de la prisión provisional y los juicios en que se solicite pena de prisión superior a los dos años.

(23) En los preámbulos de ambo textos se señala que «se establece la celebración de actos procesales preferentemente mediante la presencia telemática de los intervinientes para garantizar la protección de la salud de las personas y minimizar el riesgo de contagio».

(24) Cfr. el informe «¿Qué opinan los jueces españoles de los juicios telemáticos?», *La Ley Ciberderecho*, n.º 40 (10 de junio de 2020).

2. VISTAS TELEMÁTICAS, ORALIDAD E INMEDIACIÓN

Así sucede, en primer término, con la intermediación. Existe una noción legal de intermediación, definida en el artículo 137 LEC, que tiene una indudable relevancia constitucional (25) y que se identifica con el contacto directo del juez con las partes y las pruebas, que deben practicarse ante el juez que ha de dictar la resolución: tal es su relevancia para el legislador que su infracción determina la nulidad de la actuación afectada. ¿Puede decirse que ese contacto directo se produce también en un contexto telemático? A mi juicio, no totalmente.

Sin duda, en una vista telemática se usa la palabra hablada como herramienta de comunicación, son posibles los debates, las declaraciones y los interrogatorios, y también pueden intercambiarse documentos de forma instantánea (v.g., la nota de prueba de la audiencia previa). Es habitual señalar, sin embargo, que en un entorno telemático los intervinientes –es frecuente referirse a los testigos– no están sujetos a la influencia ambiental y ritual propia de los actos procesales orales y que el juzgador puede verse privado con ello de elementos útiles para valorar la credibilidad del relato formulado. (26) Frente a esta apreciación es también frecuente que se replique sosteniendo que la oralidad y la intermediación están de algún modo sobrevaloradas, porque los supuestos «metadatos» que aportan son refutables desde un punto de vista científico –los jueces, según algunos, carecen de la formación adecuada para valorar apropiadamente el lenguaje corporal de los testigos o su forma de hablar, por ejemplo–. (27)

El debate, sin duda, es del máximo interés, especialmente a la hora de optar por un modelo de proceso civil preferentemente escrito u oral y también desde la perspectiva de la búsqueda de la eficiencia –y ese, cabe insistir, es el *leitmotiv* que guía la acción legislativa–. Pero no se puede olvidar que, por el momento, sigue vigente la opción legislativa por un modelo predominantemente oral –que cuenta con el respaldo del artículo 120 CE–, con el que se busca reforzar el valor de las pruebas personales e incrementar las opciones para que las partes coloquen al juez en la mejor posición para construir el relato fáctico más ajustado a la realidad. Influye en esta decisión del legislador aquella parte de la intermediación que no es fácilmente definible y que deriva de las ventajas intuitivamente asociadas a las nociones de reunión, de encuentro y de contacto directo e inmediato, sin elementos interpuestos. (28) Así lo reconoció, de hecho, el Tribunal Constitucional en su sentencia 120/2009, de 18 de mayo, cuando se vio en la tesitura de explicar por qué el visionado en segunda instancia de la grabación del acto del juicio no es un equivalente

(25) Cfr. la STC 16/2009, de 26 de enero (FJ 5).

(26) Cfr., por ejemplo, DE LA OLIVA SANTOS, A., «Justicia y pandemia», *International Journal of Procedural Law*, 2020-2, pp. 230-235; MARTÍNEZ DE SANTOS, A., «La videoconferencia en el juicio civil. ¿Un avance o un impulso precipitado?», *Diario La Ley*, n.º 9805 (8 de marzo de 2021).

(27) Cfr. NIEVA FENOLL, J., «Oralidad e intermediación en la prueba: luces y sombras», *Justicia*, 2012-1, pp. 101-120; también en «Intermediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad», *Diario La Ley*, n.º 7783 (25 de enero de 2012).

(28) Esta es la razón de la frontal oposición de Manuel Richard González a la celebración de vistas telemáticas y a su posible generalización futura [«Elogio del juicio oral (presencial) escrito por un profesor partidario del uso de la tecnología en el sistema judicial», *Diario La Ley*, n.º 9654 (16 de junio de 2020) IV.2.B)].

funcional de la práctica en segunda instancia de las pruebas personales cuya incorrecta valoración fundó el recurso. (29)

Nuestro modelo procesal parte de la premisa de que la comunicación directa entre personas que interactúan en un mismo espacio incrementa las posibilidades de que el proceso cumpla mejor sus funciones, incluida la solución consensuada del litigio (30). La oralidad, instrumentada a través de audiencias presenciales, también influye en la legitimación social del sistema judicial: le otorga al justiciable su *day in court* e incrementa la percepción de que el Estado, a través del tribunal, se toma en serio la resolución del caso concreto (31); y ello tanto para los litigantes que sean persona física, como para las personas físicas que siempre están detrás de las personas jurídicas litigantes. (32)

Desde este ángulo, tanto las pantallas como las limitaciones de los programas de videoconferencia pueden verse como instrumentos mediatizadores del contacto entre los sujetos protagonistas del acto y, en esa medida, distorsionadores de la comunicación que requiere el proceso y de una hipotética «genuina» intermediación, solo alcanzable en entornos presenciales. Pero, a diferencia de lo que se planteó en el asunto resuelto por la STC 120/2009, no se trata ya de optar entre, de un lado, oralidad con presencia directa y, de otro, reproducción de la grabación de un acto oral celebrado ante otro tribunal; lo que está en liza ahora son dos formas distintas de instrumentar la interacción entre los sujetos que protagonizan una actuación oral. La ausencia de contacto personal directo de que adolecen las vistas telemáticas tal vez no comporte por sí misma una quiebra frontal de la intermediación y de la contradicción, tal y como las propugna la opción legal por la oralidad. La actividad procesal se desarrolla en todo caso ante el tribunal y resulta posible dar pleno cumplimiento a las previsiones legales acerca del contenido de cada acto (debate contradictorio usando la palabra hablada). (33) Ahora bien, subsiste inevitablemente la sensación de que se trata de una oralidad de calidad inferior, porque determina una intermediación mermada: las pantallas y los programas imponen límites al contacto del tribunal con las partes y los demás sujetos intervinientes; se pueden perder con ello elementos de valoración y contexto, que redundarían en una mejor calidad de la actividad judicial oral y, en último término, del propio proceso.

(29) En el FJ 6, se señala expresamente lo siguiente: «Es ésta una garantía de corrección que evita los riesgos de valoración inadecuada procedentes de la intermediación entre la prueba y el órgano de valoración y que, en las pruebas personales, frente al testimonio de la declaración en el acta de la vista, permite apreciar no sólo lo esencial de una secuencia verbal trasladado a un escrito por un tercero sino la totalidad de las palabras pronunciadas y el contexto y el modo en que lo fueron: permite acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales; permite acceder a los aspectos comunicativos no verbales, del declarante y de terceros». Cfr. el análisis de LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «Sobre la garantía de intermediación: no es lo mismo el cine que el teatro (STC 120/2009)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 9, enero 2010, pp. 97-104.

(30) Los encuentros en las sedes judiciales, forzados por los actos presenciales, sirven de oportunidad para la negociación, aunque no sea un factor susceptible de medición empírica.

(31) En esto insiste también BANACLOCHE PALAO, J., «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?», cit., IV-II.

(32) Tal vez, en el futuro, pierda relevancia en una sociedad de «nativos digitales», acostumbrados a percibir los encuentros virtuales como la regla y, quién sabe, con mayores dificultades de interacción en contextos presenciales. Pero el legislador se debe a la sociedad tal y como se halla actualmente conformada.

(33) Puede verse, en defensa de una equiparación absoluta entre presencia física y presencia mediante videoconferencia, la STS (Sala de lo Penal) 331/2019, de 27 de junio de 2019, FJ 4.

Es necesario, en consecuencia, que una apuesta por una mayor utilización de las vistas telemáticas, encaminada a dotar de mayor eficiencia al sistema, asuma este déficit intrínseco y establezca las exigencias adecuadas para compensarlo o mitigarlo: lo que se acepta con más facilidad en tiempos de pandemia –una oralidad y una intermediación de segunda clase o *low cost*– debe someterse con todo rigor al tamiz del artículo 24 CE una vez se recupere la normalidad sanitaria. De cara al futuro, por tanto, es imprescindible asegurar que todas las vistas telemáticas cumplan unos requisitos técnicos adecuados en relación con extremos que van desde la ubicación de las cámaras de los participantes, pasando por la posibilidad de que exista un contacto visual cercano entre los interlocutores –es decir, que los hablantes puedan ver de cerca el rostro y la expresión de los escuchantes (34)–, hasta la habilitación de un canal para el envío instantáneo de documentos mientras se celebra la propia vista; también ha de estar claro el modo de acreditar la identidad de los participantes, de garantizar la protección de datos y de grabar y conservar la información, entre otros extremos. (35) Las guías y protocolos aprobados al comienzo de la pandemia se preocupan de estas cuestiones, pero parece ineludible que estos requisitos alcancen verdadero rango normativo (36) y que de ellos puedan derivar, en consecuencia, auténticos derechos y facultades procesales, cuya infracción pueda tener consecuencias jurídicas –v.g., una indefensión con trascendencia constitucional para alguna de las partes. Si se quiere atribuir a los tribunales la potestad de decidir e imponer el formato –virtual o presencial– de las actuaciones orales en ejercicio de poderes de *case management*, ha de reconocerse a las partes el derecho a esperar que el formato virtual cumpla con estándares elevados de calidad. (37)

La mayor o menor calidad de las «salas de vistas virtuales» (38), por tanto, es un factor determinante de la calidad de las vistas telemáticas en sí mismas, del mismo modo que la propia arquitectura y disposición interna de los edificios judi-

(34) Una queja habitual en los abogados es que el sistema de videoconferencia coloca al tribunal tan lejos de la cámara que no es posible percibir el rostro y las reacciones del juez, algo que resulta esencial cuando se efectúan alegaciones o se formulan las conclusiones de un juicio.

(35) Cfr. de manera más exhaustiva el elenco de cuestiones desgranadas por LOREDO COLUNGA, M., «Actuaciones procesales con presencia telemática (o sobre cómo hacer de la necesidad virtud)», *Práctica de Tribunales*, n.º 146 (septiembre 2020), III; ABELLÁN ALBERTOS, A., «Actuaciones procesales mediante videoconferencia: cuestiones a tener en cuenta en un juicio telemático civil por un abogado», cit.; y GARCÍA SANZ, J. y GONZÁLEZ GUIMARAES-DA SILVA, «Las vistas telemáticas en el proceso civil español: visión comparada, regulación y cuestiones prácticas que suscita su celebración», *Diario La Ley*, n.º 9659 (23 de junio de 2020).

(36) Como señala VÉLEZ TORO, A. J., «existe una absoluta anomia jurídica sobre su utilización, fallos y errores» («La normalización de una justicia de excepción», *Diario La Ley*, n.º 9779 (27 de enero de 2021), III. Esta ausencia de marco legal habilitante para las actuaciones telemáticas también es denunciada por CALAZA LÓPEZ, S., «Ejes esenciales de la justicia post-COVID», *Diario La Ley*, n.º 9737 (17 de noviembre de 2020).

(37) La cuestión acerca de si los litigantes pueden oponerse a la decisión del tribunal sobre el formato de la vista ya se ha suscitado en otros países. En Estados Unidos existen al menos dos precedentes de asuntos en que se ha reconocido la primacía del criterio del tribunal: cfr. *Gould Elecs. Inc. v. Livingston Cnty. Rd. Comm'n*, 470 F. Supp. 3d 735 (E.D. Mich. Jun. 30, 2020); más recientemente, en *Andrews v. Autoliv Japan, Ltd.*, No. 1:14-cv-3432 (N.D. Ga. Jan. 27, 2021), donde se señaló expresamente que “the Court is of the opinion that it has discretion to order a virtual bench trial over Plaintiff’s objection.”

(38) Cfr. DELGADO MARTÍN, J., «Tecnología para afrontar los efectos de la pandemia sobre la justicia», *Diario La Ley*, n.º 9781 (1 de febrero de 2021), III.2.

ciales tiene sus repercusiones sobre el sistema de justicia. (39) Es evidente que, en esto, solo cabe esperar mejoras, a través de plataformas y programas progresivamente mejor adaptados a las necesidades de los justiciables. Pero ha de insistirse en la necesidad de entender que no se trata de cuestiones meramente técnicas o accesorias, de las que el legislador procesal pueda desentenderse, porque condicionan el entorno en que se ejerce el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

3. VISTAS TELEMÁTICAS Y PUBLICIDAD DE LAS ACTUACIONES

Más allá de la intermediación, las vistas telemáticas también comportan un cambio de paradigma en materia de publicidad. (40) El tribunal deja de ser un espacio físico al que cualquier ciudadano puede acudir para ver cómo se imparte justicia, pues las audiencias tienen lugar en entornos y plataformas virtuales cuya ubicación no es pública. El artículo 15 de la Ley 3/2020 trata de paliar el déficit de publicidad permitiendo al tribunal acordar la emisión de las vistas mediante sistemas de difusión telemática de la imagen y el sonido, siempre que se disponga de los medios materiales para ello, aunque sin arbitrar cuáles son o podrían ser esos medios (41). Se trata de un ajuste imprescindible para asegurar la vigencia del principio de publicidad y, con él, la constitucionalidad del sistema de vistas telemáticas. (42)

Es cierto que, si las actuaciones son escritas, el mandato constitucional de publicidad se cumple permitiendo el acceso de las personas interesadas a las actuaciones. Y también es cierto que las vistas telemáticas se documentarán mediante su grabación, a la que podrán acceder también los interesados. Ahora bien, conformarse con esta forma de publicidad comportaría un fraude de etiquetas, pues significaría que tratamos las vistas telemáticas como actos escritos, cuando lo cierto es que han sido diseñadas como formato alternativo para dar cumplimiento a la opción legislativa por la oralidad. Salvo razones justificadas asociadas a determinadas causas predefinidas –como la intimididad, los derechos de los menores o la seguridad nacional–, es propio de los actos orales que pueda acudir a ellos de forma espontánea el público que así lo desee (art. 138.1 LEC), sin necesidad de acreditar un interés legítimo, que sí se requiere para el acceso a los expedientes judiciales (cfr. arts. 140-141 LEC y art. 234 LOPJ).

Tampoco es posible abundar ahora en el valor que la publicidad aporta a las actuaciones orales: no se trata solo de una garantía básica para los justiciables, que los protege frente a la arbitrariedad del poder público; de nuevo en el terreno de lo

(39) Cfr. RESNIK, J. y CURTIS, D.E., *Representing Justice: Invention, Controversy, and Rights in City-States and Democratic Courtrooms*, Yale University Press, 2011.

(40) Por supuesto, en las audiencias presenciales la vigencia de las medidas sanitarias se erige en obstáculo –transitorio– a la publicidad: en este sentido, el artículo 20 del RDL 16/2020 y el artículo 15 de la Ley 3/2020 otorgan al tribunal la potestad de limitar o excluir el acceso a las salas de vistas, en atención al espacio disponible.

(41) Las guías del CGPJ y del Ministerio de Justicia ofrecen algunas opciones, que incluyen la presencia física del público en la sede judicial o la transmisión a través de canales más o menos abiertos en la red.

(42) En términos generales advierte también de este riesgo WALKER, J., “Courts in Lockdown: Lessons from International Arbitration”, *International Journal of Procedural Law*, 2020-2, pp. 178-201, esp. p. 199.

inefable, la (posible) presencia de público en las actuaciones orales redonda en una mejor calidad del sistema, pues incentiva a los protagonistas del acto –primordialmente a jueces y abogados– a un mejor desempeño de aquella parte de su función que resulta visible en aquel.

De forma sorprendente, el ALMEP no traslada a la legislación ordinaria una regla equivalente a la prevista en el artículo 15 de la Ley 3/2020 –y tampoco se halla una norma supletoria en la LUTICAJ–. Se trata, a mi juicio, de una omisión inexplicable, pues sería necesario incluso regular con más detalle el acceso del público a las «salas virtuales de justicia», a través de mecanismos que aseguraran la publicación en las sedes electrónicas de los órganos judiciales de los enlaces o canales de retransmisión en directo de sus actuaciones (43) (de forma equivalente a lo que ahora establecen los artículos 138.4 LEC y 232.2 LOPJ).

IV. CONCLUSIÓN

La necesaria reacción frente a la pandemia ha servido para dar carta de naturaleza a las vistas telemáticas en los procesos civiles. Una vez desaparezca la emergencia sanitaria, la protección de la salud cederá a la eficiencia la función de justificar un formato que supone un punto de inflexión en el modo de concebir la oralidad, la intermediación y la publicidad de las actuaciones procesales. Las vistas telemáticas, sin duda, aportan las ventajas de la flexibilidad, la comodidad y la economía procesal *lato sensu*; pero privan a las actuaciones orales de ingredientes que redundan en la calidad de la actividad judicial y que, en buena medida, se hallan detrás de la opción legislativa por la oralidad. Sería desacertado, en consecuencia, considerar que la apuesta por las vistas telemáticas afecta solo a la dimensión externa o puramente procedimental, es decir, a las formas o parte «visible» del desarrollo de las actuaciones. No debe olvidarse nunca que el diseño externo del procedimiento condiciona y garantiza la justicia del proceso como herramienta para la tutela del ordenamiento y la satisfacción de pretensiones. Cuanto mayor sea la calidad de la herramienta, mayor lo será también la calidad del resultado.

Optando por las vistas telemáticas el sistema español, qué duda cabe, se sube al carro de la eficiencia y de la modernidad tecnológica –y lo digo sin (demasiada) ironía–. Pero, me parece, lo hace de forma insuficiente, porque omite la obligatoriedad de exigencias técnicas y procedimentales idóneas para reforzar la calidad en el desarrollo de las vistas, en términos de intermediación y de publicidad. Y no puede olvidarse que la eficiencia bien entendida requiere siempre preservar la calidad de los resultados.

Asimismo, ha de recordarse que la eficiencia ha de ir siempre de la mano de la proporcionalidad: el desarrollo telemático del acto del juicio en un asunto complejo y con prueba abundante tendrá, sin duda, un impacto (negativo) mayor sobre el desenlace final del proceso que la celebración virtual de la vista para resolver sobre la oposición a una diligencia preliminar (art. 260 LEC) o a una solicitud de medi-

(43) En sentido crítico, nuevamente RICHARD GONZÁLEZ, M., «Elogio del juicio oral (presencial) escrito por un profesor partidario del uso de la tecnología en el sistema judicial», cit., IV.2.B).

das de aseguramiento de prueba (art. 298 LEC) o para decidir un incidente de previo pronunciamiento (art. 393 LEC). Formará parte de un buen ejercicio de las potestades de dirección procesal la adecuada selección –cabe insistir en ello, en un escenario sin peligros sanitarios– de las actuaciones orales que han de desarrollarse en formato telemático.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CARPI, F. y ORTELLS RAMOS, M. (eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Universidad de Valencia, Valencia, 2008.
- ABELLÁN ALBERTOS, A., «Actuaciones procesales mediante videoconferencia: cuestiones a tener en cuenta en un juicio telemático civil por un abogado», *Práctica de Tribunales*, n.º 147 (noviembre 2020).
- BANACLOCHE PALAO, J., «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?», *Diario La Ley*, n.º 9814 (19 de Marzo de 2021).
- CALAZA LÓPEZ, S., «Ejes esenciales de la justicia post-COVID», *Diario La Ley*, n.º 9737 (17 de noviembre de 2020).
- DE LA OLIVA SANTOS, A., «Sobre los criterios inspiradores del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 30 de octubre de 1998», *Revista de Derecho Procesal*, 1999-2, pp. 359-394.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., «Sobre la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: criterios inspiradores e innovaciones principales», *Tribunales de Justicia*, n.º 2, Febrero 2000, pp. 127-141.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., «Justicia y pandemia», *International Journal of Procedural Law*, 2020-2, pp. 230-235.
- DELGADO MARTÍN, J., «Tecnología para afrontar los efectos de la pandemia sobre la justicia», *Diario La Ley*, n.º 9781 (1 de febrero de 2021).
- GARCÍA SANZ, J. y GONZÁLEZ GUIMARAES-DA SILVA, «Las vistas telemáticas en el proceso civil español: visión comparada, regulación y cuestiones prácticas que suscita su celebración», *Diario La Ley*, n.º 9659 (23 de junio de 2020).
- GASCÓN INCHAUSTI, F., «El diablo está en los detalles: la importancia de las normas procedimentales para el legislador procesal europeo», en LÓPEZ SÁNCHEZ, J. y HERRERO PEREZAGUA, J. F. (dirs.), *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 285-320.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., «Las *European Rules of Civil Procedure*: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil?», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2021) Vol. 13, n.º 1, pp. 277-297.
- KRANS, B. y NYLUND, A. (eds.), *Civil Courts Coping with Covid-19*, Eleven International Publishing, La Haya, 2021.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Sobre la garantía de inmediatez: no es lo mismo el cine que le teatro (STC 120/2009)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 9, enero 2010, pp. 97-104.
- LOREDO COLUNGA, M., «Actuaciones procesales con presencia telemática (o sobre cómo hacer de la necesidad virtud)», *Práctica de Tribunales*, n.º 146 (septiembre 2020).
- MARTÍNEZ DE SANTOS, A., «La videoconferencia en el juicio civil. ¿Un avance o un impulso precipitado?», *Diario La Ley*, n.º 9805 (8 de marzo de 2021).

- NIEVA FENOLL, J., «Oralidad e intermediación en la prueba: luces y sombras», *Justicia*, 2012-1, pp. 101-120.
- NIEVA FENOLL, J., «Intermediación» y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad», *Diario La Ley*, n.º 7783 (25 de enero de 2012).
- RESNIK, J. y CURTIS, D. E., *Representing Justice: Invention, Controversy, and Rights in City-States and Democratic Courtrooms*, Yale University Press, 2011.
- RICHARD GONZÁLEZ, M., «Elogio del juicio oral (presencial) escrito por un profesor partidario del uso de la tecnología en el sistema judicial», *Diario La Ley*, n.º 9654 (16 de junio de 2020).
- SUSSKIND, R., *Tribunales online y la Justicia del futuro*, La Ley, Madrid, 2020.
- TORRES ROSELL, N., «Medidas ¿organizativas y tecnológicas? aprobadas en el RDL 16/2020», *Diario La Ley*, n.º 9641 (27 de mayo de 2020).
- VÉLEZ TORO, A. J., «Existe una absoluta anomia jurídica sobre su utilización, fallos y errores» («La normalización de una justicia de excepción», *Diario La Ley*, n.º 9779 (27 de enero de 2021).
- WALKER, J., “Courts in Lockdown: Lessons from International Arbitration”, *International Journal of Procedural Law*, 2020-2, pp. 178-201.

LAS PLATAFORMAS: NUEVOS ACTORES (Y REGULADORES) DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

Teresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL*

Resumen

La actividad económica, sorprendida por el brusco reajuste impuesto por las medidas de contención de la pandemia, depende hoy intensamente de las posibilidades de interacción, intermediación y distribución de la economía digital. En este contexto, el protagonismo inusitado de las plataformas ha confirmado la transición definitiva hacia una economía de plataformas. Las plataformas se han consolidado como actores fundamentales de la economía global, han transformado los modelos de negocio, las estructuras y redes de distribución y el acceso al mercado de empresas y consumidores. Junto a ello, se consolidan como intermediarios esenciales que facilitan, amplifican y generan visibilidad y confianza. Pero, sobre todo, las plataformas emergen como reguladores, supervisores, creadores de comunidades para el ejercicio de derechos y libertades. Este trabajo es una reflexión sobre cómo la economía de plataformas ha permeado el Derecho Privado y ha ido progresivamente reclamando una respuesta normativa en el ámbito europeo desde este perfil polifacético que las consagra como actores principales, intermediarios y reguladores en la economía global.

Palabras clave

Plataformas, servicios de intermediación, economía digital, mercados digitales, puerto seguro.

Abstract

Economic activity, seriously wounded by the onslaught of the pandemic-containing measures, does today intensively depend upon the possibilities for interacting, intermediating, and distributing products and services enabled by the digital economy. Then, the extraordinary prominence gained by platforms confirms the definitive transition towards a

* Profesora titular de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III de Madrid. teresa.rodriguezdelasheras@uc3m.es

platform economy. Platforms come to be the primary actors of the global economy, transforming business models, distribution channels, and access to market for businesses and consumers. Besides, platforms emerge as crucial intermediaries, enablers, amplifiers, and visibility-and-trust enhancers. Above all, platforms do also act as regulators, supervisors, community-creators for the exercise of rights and liberties. This Paper aims to reflect on how the platform economy has permeated Private Law rules and claimed an EU-wide regulatory response to address their multifaceted profile as main economic actors, intermediaries, and regulators in the global economy.

Keywords

Online platforms, intermediary services, digital economy, digital markets, safe harbour.

SUMARIO: I. La emergencia de una economía de plataformas. II. Contorno, concepto y anatomía de las plataformas. III. Las plataformas en el Derecho Privado europeo. IV. El dilema de las plataformas: identidad y responsabilidad. V. Bibliografía.

I. LA EMERGENCIA DE UNA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS

La actividad económica, adaptativa y maleable, evoluciona, se redefine y se amolda con agilidad y más o menos esfuerzo a las condiciones del entorno. En ocasiones, la adaptación es progresiva, sosegada y sin fricciones, para acomodarse a cambios sociales, buscar nuevas oportunidades de negocio o aprovechar el impulso innovador del progreso científico y tecnológico; en otras, la transformación es forzada, traumática, una respuesta desesperada a una situación de crisis o una disrupción brusca e inesperada de la economía, de la sociedad o incluso del entorno natural. Entre las grietas de un escenario social y económico quebradizo, la actividad económica encuentra nuevas vías de salida, nichos de oportunidad y vetas de crecimiento. Tras de sí, a veces quedan solo restos de antiguas formas de hacer negocio superadas, otras veces, auténticas ruinas.

La pandemia del COVID-19 ha hecho tambalearse las bases de la economía global. La respuesta de los Estados en forma de restricciones a la movilidad, cierre de establecimientos, confinamientos estrictos o limitaciones de aforo para contener los efectos dramáticos de la pandemia han removido los cimientos de una economía globalizada e interdependiente, un comercio todavía mayoritariamente presencial en ciertos sectores, y una actividad de servicios basada en la movilidad masiva, continua y transnacional. En los momentos iniciales, el panorama era desolador. Ciudades desiertas, fronteras cerradas, calles vacías. Tras los primeros momentos de bloqueo e inmovilidad forzada, la actividad económica comienza a removerse inquieta, por necesidad, con urgencia, para sobrevivir y para la supervi-

vencia. Como gran parte de la actividad laboral, educativa, incluso cultural, la actividad comercial dependía intensamente de las posibilidades de interacción, comunicación e intermediación de la tecnología digital. La migración a la economía digital (2), ya avanzada y consolidada en muchos sectores, pero aún tímida y accesoria en otros, y, desde luego, dispar e irregular en la economía mundial, se tuvo que acelerar, se hizo indispensable, absolutamente vital.

La economía digital emerge como tabla de salvación para la actividad económica en tiempos de pandemia. Es en este contexto, en el que las populares, incluso ya dominantes, plataformas ganan un protagonismo inusitado en la conformación del comercio, de la opinión pública, del debate político, del acceso a la educación y a la cultura. La aceleración de esta tendencia acuciada por la pandemia confirma el tránsito definitivo de una economía digital a una economía de plataformas (3).

Las plataformas se han consolidado como actores fundamentales de la economía global, han transformado los modelos de negocio, las estructuras y redes de distribución y el acceso al mercado de empresas y consumidores. Aprovechando los numerosos beneficios derivados de los efectos de red, las economías de escala o la agregación de datos, las plataformas constituyen un modelo organizativo extraordinariamente flexible capaz de albergar una amplia variedad de modelos de negocio y, de hecho, facilitar la emergencia y la expansión de fórmulas innovadoras y modelos disruptivos.

La presencia dominante de las plataformas en la economía global y su expansión extraordinaria en un escenario asolado por los efectos de las medidas de contención de la pandemia permiten descubrir un polifacético perfil con tres facetas o dimensiones. En primer lugar, las plataformas son nuevos actores de la economía; sin duda alguna, los protagonistas de la economía de plataformas. En segundo lugar, desempeñan una función clave en la intermediación de la actividad económica, como facilitadores, amplificadores, distribuidores de productos, servicios y contenidos, como proveedores de acceso, generadores de visibilidad y de credibilidad. Esta función les permite articular no solo las relaciones económicas de intercambio y colaboración, sino también el flujo y el procesamiento de datos, la conformación de la opinión pública, el discurso político, el acceso a la cultura y la distribución informativa. En tercer lugar, representan mucho más que nuevos mercados o entornos para la interacción social y económica (4), las plataformas aspiran a emular internamente un sistema jurídico, con sus normas, sus fórmulas de supervisión y sus mecanismos de resolución de disputas. Esta dimensión resulta especialmente sugerente para el análisis jurídico. En su esfuerzo por superar ya no

(2) En un proceso continuo e imparable de migración digital, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS PÉREZ, A., «La migración digital», *TELOS. Cuadernos de comunicación, tecnología y sociedad*, n.º 61, 2004, pp. 4-6.

(3) RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “The background of the Digital Services Act: looking towards a platform economy”, *ERA Forum*, n.º 22(1), pp. 75-86, 2021. DOI: 10.1007/s12027-021-00654-w. Disponible en <https://rdcu.be/ce8dM>.

(4) Cuyo acceso, excluyente, exclusivo o discriminatorio, plantea interesantes cuestiones jurídicas: GERBER, D.J., “Rethinking the Monopolist’s Duty to Deal: A Legal and Economic Critique of the Doctrine of «Essential Facilities»”. *Va.L.Rev. (Virginia Law Review)*, n.º 74, 1988, pp. 1069-1113; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “Refusal to Deal, Abuse of Rights and Competition Law in Electronic Markets and Digital Communities”, *European Review of Private Law*, n.º 22(5), 2014, pp. 685-702.

solo la distancia física sino además la «distancia legal» para liberar a las transacciones digitales de los lastres que arrastran las interacciones en un espacio físico de fronteras y puntos geográficos, las plataformas se esfuerzan por crear espacios autorregulados, auténticas comunidades (5), que se superponen a los sistemas estatales de regulación, supervisión y resolución (esencialmente) judicial de los conflictos. De este modo, las plataformas ejercen, en el marco contractual que constituye un complejo entramado de contratos, términos y condiciones de uso y políticas internas, un visible, y a veces controvertido, control sobre el ejercicio de derechos y libertades en la economía y la sociedad digitales.

Esta triple dimensión de las plataformas –nuevos actores, intermediarios y reguladores– se proyecta sobre la reflexión jurídica y explica la respuesta desde el Derecho Privado. El legislador, primero cómodo, aunque algo titubeante, confiando en la adaptabilidad de las soluciones existentes a plataformas de base puramente contractual, adoptó una postura continuista y adaptativa. Pero, finalmente, la envergadura de la economía de plataformas ha impulsado un conjunto de iniciativas, en particular, a nivel europeo, decididas a abordar con claridad y de forma expresa los desafíos de las plataformas.

Este trabajo es una reflexión sobre cómo la economía de plataformas ha permeado el Derecho Privado y ha ido progresivamente reclamando una respuesta normativa en el ámbito europeo. Para entender este proceso, sus principales hitos y las implicaciones, el trabajo se divide, además de esta sección introductoria, en tres partes. En la primera, observamos la realidad para entender, aprehender y describir esta figura que atrae nuestra atención. Es un esfuerzo por conceptualizar las plataformas como unidad de relevancia jurídica. Para ello, trazamos sus contornos, agrupamos las diversas categorías y ofrecemos una anatomía de las plataformas. En la segunda parte, nos preguntamos por la existencia, la necesidad o, en su caso, la conveniencia, de un auténtico «Derecho de las plataformas». Con tal fin, indagamos en las iniciativas más recientes en la Unión Europea, adoptadas o en proceso, para descubrir cómo, crecientemente, se formulan reglas específicas concebidas para y adaptadas a las plataformas (a sus operadores) como sujetos. Finalmente, la reflexión se detiene en las particulares reglas de responsabilidad de los intermediarios digitales –prestadores de servicios de intermediación– y su adecuación al singular perfil funcional de las plataformas, su evolución hasta hoy y las expectativas que la propuesta conocida como Ley de Servicios Digitales (DSA, *Digital Services Act*) despierta sobre su articulación e implementación futuras.

II. CONTORNO, CONCEPTO Y ANATOMÍA DE LAS PLATAFORMAS

Las plataformas son entornos digitales para la interacción, la negociación y la conclusión de contratos, o el desarrollo de actividades de muy diversa índole entre y por los usuarios de acuerdo con un conjunto de reglas y políticas internas de base

(5) RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “The Emergence of Digital Communities: Generating Trust, Managing Conflicts, and Regulating Globality... Digitally”, en GREENHOUSE, C. J. y DAVIS, Ch. L., *Landscapes of Law: Practicing Sovereignty in Transnational Terrain*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2020, pp. 250-277.

y origen contractuales. Una plataforma se constituye así sobre un entramado de relaciones obligacionales entre el operador de la plataforma y los usuarios, y los usuarios entre sí. Con esta descripción, una plataforma es un versátil modelo organizativo que puede alojar mercados, redes sociales, financiación participativa, actividades de economía colaborativa, diversas etapas de la cadena de suministro, espacios creativos o contratación pública.

La plataforma representa la infraestructura, de componentes contractuales, sobre la que se instalan modelos de negocio, actividades o espacios de muy diversa naturaleza. Esbozar la anatomía(6) de las plataformas, así entendidas, revela los elementos jurídicamente más relevantes para abordar su régimen jurídico y plantear su regulación. Una regulación que podrá tener un núcleo común asociado a sus componentes básicos, es decir, como estructura o modelo organizativo, pero que se abrirá en ramificaciones tan diversas como requiera la naturaleza de la actividad que albergue.

La anatomía de las plataformas nos devuelve la imagen de un esquema centralizado, en el que el operador de la plataforma desarrolla funciones críticas de gestión, de regulación, de supervisión directa o indirecta o incluso de generación de confianza y resolución de conflictos. Estas funciones se amoldan a los fines propios de cada plataforma (transaccional, educativa, artística, de interacción social) y tendrán la intensidad y la extensión que en cada caso se precisen y así se determinen en las condiciones contractuales. De este modo, el operador define el espacio y las condiciones en las que la comunidad de usuarios actúa en la plataforma.

Para constituir este entorno regulado, se entablan dos tipos de relaciones contractuales. Una relación vertical vertebradora de la constitución y la operativa de la plataforma y un tejido tupido y extenso de relaciones horizontales entre los usuarios. De un lado, el acuerdo de acceso que concluyen los usuarios, profesionales o no profesionales, con el operador para unirse a la plataforma y en la que se contemplan directamente o por referencia todas las condiciones y políticas internas de la plataforma. El usuario, al concluir este contrato por el que se une a la comunidad, acepta y se obliga a cumplir estas políticas de la plataforma vigentes en cada momento, es la «ley de la plataforma». En esta relación, que describimos gráficamente como vertical, se configuran las condiciones en las cuales el operador desarrolla y ejerce sus funciones: el ofrecimiento de un entorno para la interacción de los usuarios junto con la prestación de un amplio y variado conjunto de servicios (transaccionales, reputaciones, de recomendación, de búsqueda, de pago, de crédito, publicitarios, de aseguramiento), la adopción de reglas, la supervisión del cumplimiento de forma directa o a través de sistemas descentralizados de notificación por los usuarios o mediante mecanismos automatizados, la gestión de quejas y la resolución de conflictos. En consecuencia, toda la actividad interna de y en la plataforma queda definida y determinada por un nutrido conjunto de disposiciones contractuales.

Se observa cómo, bajo esta arquitectura, el operador ocupa una peculiar y crucial posición. Su función esencial es, en realidad, la gestión y la operativa de un entorno digital cerrado para la interacción de los usuarios. En definitiva, el

(6) RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “The Legal Anatomy of Electronic Platforms: A Prior Study to Assess the Need of a Law of Platforms in the EU”, *The Italian Law Journal*, n.º 1/3, 2017, pp. 149-176.

operador se dedica de manera profesional a desarrollar una actividad económica consistente en la gestión de una plataforma electrónica. Esta actividad de gestión centralizada se despliega a su vez en la asunción, en virtud del contrato de acceso, de un conjunto de facultades (configuradas habitualmente como derechos no como obligaciones) que mejoran el atractivo de su oferta, incrementan la confianza, dotan al entorno de mayor certidumbre, acentúan sus ventajas competitivas con las plataformas rivales o controlan su exposición al riesgo. Con tales objetivos, los operadores ejercen, con mayor o menor intensidad y extensión según el modelo de negocio, todas o algunas de las siguientes funciones: prestar servicios a los usuarios (prestador de servicios), adoptar las normas internas que regulan la actuación de los usuarios y la interacción entre ellos (regulador), supervisar el cumplimiento de estas normas (supervisor) y aplicar las sanciones previstas de conformidad con la política interna de infracciones y sanciones. Cada plataforma configura contractualmente el perfil funcional de su operador conforme a los rasgos indicados y mediante el contrato de acceso. Esta configuración funcional forma parte de la estrategia empresarial y define el modelo de negocio que soporta cada plataforma.

De esta constatación derivan dos importantes consecuencias. De un lado, que, para determinar la posición del operador y concluir sobre la naturaleza jurídica de su actividad, es necesario analizar detenidamente la configuración contractual de su perfil. De otro lado, que es esencial distinguir entre dos dimensiones de actividad en una plataforma: la actividad desarrollada por el operador y la actividad desarrollada por los usuarios. Las implicaciones jurídicas de esta doble dimensión son evidentes.

En primer lugar, que la actividad desarrollada por los usuarios no se proyecta necesariamente en la posición del operador, salvo, como analizaremos más adelante, que el control y la influencia del operador sean decisivos, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (en adelante, TJUE).

En segundo lugar, que la posición del operador como intermediario en las transacciones celebradas entre los usuarios varía ampliamente en su calificación jurídica, según cómo se haya configurado. Puede ser un mero prestador de servicios de intermediación, un auténtico agente o distribuidor o un prestador directo de productos o servicios, bien porque efectivamente es un proveedor o porque así lo «aparenta».

En tercer lugar y, como consecuencia, en la medida en que el operador no interviene en las transacciones que tengan lugar en la plataforma entre los usuarios, su eventual responsabilidad se concreta en la desviación de su actuación del programa prestacional al que se compromete en el contrato de acceso frente a cada uno de los usuarios.

En cuarto lugar, en la medida en que, en su condición de operadores de la plataforma, asumen funciones de control de acceso, selección de usuarios (prestadores o proveedores), eventual clasificación de productos según criterios o parámetros predeterminados, supervisión del cumplimiento de las normas internas, aplicación de sanciones o, incluso, resolución de conflictos, los operadores de plataformas pueden actuar como terceros de confianza. Estas expectativas de credibilidad para los usuarios admitidos en la plataforma se traducen, a través del contrato de acceso, en compromisos y obligaciones contractuales. Pero, además, en el «mercado de las plataformas» donde los operadores de plataformas compiten en atractivo comer-

cial, tamaño del mercado, número de usuarios, variedad de productos, capacidad de captación de fondos, adecuación de sus reglas y procedimientos, especialización o fiabilidad, la actuación de los operadores también se proyecta frente a terceros, ajenos a la plataforma, que podrían confiar en la información proporcionada por el operador, es decir, en las señales que este transmite al mercado, para adoptar una decisión en relación con un usuario de la que eventualmente derive un daño.

La anatomía de las plataformas nos muestra la extraordinaria maleabilidad de sus contornos y de su tipología basada en un generoso juego de la autonomía de la voluntad. Una autonomía contractual que, con una intensa aspiración «normadora», conforma marcos de actuación complejos con numerosos intereses, entornos transaccionales, espacios para el ejercicio de derechos y libertades. Pero, también, revela que limitar la descripción de las plataformas a la mera prestación de servicios digitales y, en particular, de intermediación es claramente insuficiente (7). Observar y, por tanto, tratar de caracterizar las plataformas desde la perspectiva de una simple prestación de servicios de alojamiento de datos, de búsqueda, de referencia o de agregación apenas alcanza a describir la superficie de modelos mucho más complejos, de auténticas comunidades, mercados y entornos de intercambio. La regulación de (los operadores de) las plataformas debe asumir que se trata de un esfuerzo de ordenación y gobernanza de reguladores (contractuales), supervisores, generadores de confianza, facilitadores de la resolución de conflictos.

III. LAS PLATAFORMAS EN EL DERECHO PRIVADO EUROPEO

En el contexto de la creación de un Mercado Único Digital para Europa (8), la Unión Europea ha entendido el papel esencial que desempeñan las plataformas en la sociedad digital y la necesidad de asegurar un entorno adecuado para su desarrollo y consolidación (9). De un lado, las plataformas son motores de innovación y crecimiento y constituyen un componente estratégico fundamental para la competitividad de la región. De otro lado, las plataformas ocupan una posición crítica en una estrategia cada vez más visible de co-regulación, implicación de los intermediarios en la prevención y protección de derechos y la implementación de mecanismos voluntarios de ejecución. En este sentido, plataformas e intermediarios se convierten en colaboradores prioritarios en la detección y retirada de contenido ilegal, la contención de la oleada de noticias falsas y manipulación infor-

(7) Diluyendo, de hecho, la dualidad clásica entre *markets* y *firms* o *hierarchies*, MALONE, T. W., “Modelling Coordination in Organizations and Markets”, *Management Science*, n.º 33(10), 1987, pp. 1317-1332; MALONE, T. W.; YATES, J., BENJAMIN, R. I., “Electronic Markets and Electronic Hierarchies”, *Communications of the ACM*, n.º 30(6), 1987, pp. 484-497. Como ya lo advertíamos en RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *El régimen jurídico de los Mercados Electrónicos Cerrados (e-marketplaces)*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

(8) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa, COM(2015) 192 final, Bruselas, 6.5.2015.

(9) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa, COM(2016) 288 final, 25.5.2016.

mativa y de prevención y seguimiento de actos de incitación al terrorismo (10). Por tanto, toda decisión de iniciar una acción legislativa para establecer un marco normativo europeo para las plataformas ha de atender ambas consideraciones. De un lado, asegurar que el entorno normativo es adecuado, removiendo obstáculos innecesarios y eliminando el riesgo de divergencias entre normativas nacionales inconsistentes con la natural dimensión transfronteriza de la actividad en las plataformas. En efecto, la ausencia de un marco armonizado en el mercado europeo no solo trasladaría al entorno digital una indeseada fragmentación territorial, sino que además avivaría un nuevo fenómeno de arbitraje regulatorio para el que he acuñado el término “platform shopping” (11). De otro lado, diseñar un régimen de obligaciones y de responsabilidad que asigne los incentivos correctamente para la colaboración de intermediarios y plataformas en la prevención y protección de derechos e intereses. Se trata de un trasvase de funciones y poderes que parte de la constatación de las limitaciones inhabilitantes de las fórmulas más tradicionales de detección y prevención de ilícitos y resolución de conflictos en los sistemas de base estatal. Las plataformas, por el contrario, se muestran ágiles y eficaces en la detección y la sanción e incluso en la prevención de ciertas infracciones con métodos de gestión y localización de contenidos. Por ello, a ellas se traslada progresivamente la «responsabilidad» (12) de luchar contra contenidos ilícitos y nocivos (13), que sutilmente se hace convivir con el régimen de responsabilidad consagrado en la Directiva 2000/31 de Comercio Electrónico (en adelante, DCE) (14) como «puerto seguro».

En este proceso de incorporación de las plataformas en el marco normativo europeo se observa, primero, una interesante permeabilidad sustantiva con referencias a la «economía de plataformas» y, finalmente, una definitiva adopción

(10) Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, L 88/6, 31.3.2017.

(11) RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “Rules for a Platform Economy: A Case for Harmonization to Counter «Platform shopping» in the Digital Economy”, en PRETELLI, I. (ed.), *Conflict of Laws in the Maze of Digital Platforms – Le droit international privé dans le labyrinthe des plateformes digitales – Actes de la 30e Journée de droit international privé du 28 juin 2018 à Lausanne*, Schulthess, Zurich, 2018, pp. 55-79.

(12) En el sentido de una mayor responsabilidad social hacia los usuarios y la sociedad (“responsibility”) que no compromete la aplicación del régimen de responsabilidad civil (“liability”) que les corresponda como prestadores de servicios de intermediación, en la medida que satisfagan los requisitos del «puerto seguro». FROSIO, G. y HUSOVEC, M., “Accountability and Responsibility of Online Intermediaries”, en FROSIO (ed.), *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Oxford University Press, Oxford, 2020; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. y FELIU REY, J., “Digital Intermediary Liability or Greater Responsibility: A Remedy for Fake News?”, en WEAVER, R.L.; et al. (Eds.), *Twenty-First Century Remedies*, Carolina Academic Press, North Carolina, 2019, pp. 91-114.

(13) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Lucha contra el contenido ilícito en línea. Hacia una mayor responsabilización de las plataformas en línea*, COM(2017) 555 final, 28.9.2017; Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión de 1 de marzo de 2018 sobre *medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea*, L 63/50, 6.3.2018.

(14) Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), L 178/1, 17.07.2000.

conceptual y terminológica del fenómeno en las iniciativas más recientes. En efecto, las plataformas entran en el terreno normativo como descriptoras de la nueva arquitectura de la economía digital (15), la economía de plataformas, pero sin entidad terminológica propia. Siguen siendo calificadas como «servicios de intermediación» en el modelo dual que la DCE había instalado para clasificar los servicios de la sociedad de la información. Esta continuidad de la terminología existente es particularmente gráfica en el Reglamento 2019/1150 (16) que, aun siendo popularmente conocido como el Reglamento *Platform-to-Business* (en adelante, Reglamento P2B), recurre a una elusiva definición de las plataformas como proveedores de «servicios de intermediación en línea» que cumplen ciertos requisitos (Art. 2.2 b y c), que no hacen más que destacar su propósito transaccional («con el objetivo de facilitar el inicio de transacciones directas») y ahondar en la base contractual («sobre la base de relaciones contractuales entre el proveedor de los servicios y los usuarios profesionales») que conforma la anatomía de las plataformas (17). Este Reglamento P2B, que entró en vigor el 12 de julio 2020, parecería haberse concebido para tiempos de pandemia, a pesar de que en el momento de su adopción en 2019 nada hacía vaticinar lo que el año siguiente traería a la economía global. Y es que precisamente este Reglamento nace de la constatación de la relevancia de las plataformas para la innovación, el emprendimiento, el bienestar social y el acceso a nuevos mercados, de la que deriva la preocupación por una intensa, creciente y cada vez más amplia dependencia económica de las empresas («usuarios profesionales») establecidas en la UE de las plataformas a las que recurren para ofrecer sus productos y servicios a los consumidores («localizados en la Unión») (Art. 1.2). Es así un esfuerzo por limar las fricciones de la economía de plataformas sin comprometer las ventajas de su despegue y consolidación en el mercado común.

(15) Se constituye así el Grupo de Expertos del Observatorio de la Economía de las Plataformas en Línea por Decisión C(2018)2393 de la Comisión, de 26 de abril de 2018, por la que se crea grupo de expertos del Observatorio de la Economía de las Plataformas en Línea. La autora forma parte del Grupo de Expertos desde su primer mandato, actualmente renovado a un segundo mandato. Todas las opiniones vertidas en este trabajo son personales de la autora y no representan la posición de la Comisión Europea, del grupo de expertos ni del Observatorio.

(16) Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 *sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea*, L186/57, 11.7.2019.

(17) Compartiendo fines de política legislativa muy evidentes con el Reglamento 2019/1150, las *Model Rules on Online Intermediary Platforms* del ELI (European Law Institute) optan por normalizar el empleo del término plataforma en el cuerpo de la propuesta legislativa y para determinar el ámbito de aplicación del instrumento. El *ELI Project for Model Rules on Online Intermediary Platforms* fue aprobado por el Consejo del ELI el 7 de septiembre de 2019. La autora se incorporó al ELI Project Team en 2016. Los relatores del Proyecto son Christoph Busch, Gerhard Dannemann, Hans Schulte-Nölke, Aneta Wiewiorowska-Domagalska, Fryderyk Zoll. Las opiniones expresadas en este trabajo son exclusivamente de la autora y no representan necesariamente la postura ni la opinión del equipo del Proyecto. Texto de las Model Rules en https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf. En particular, los esfuerzos por proceder a una adecuada conceptualización, delimitación y definición de las plataformas en el proyecto representan un importante hito en la adecuación terminológica del marco normativo europeo. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., "Article 2. Definitions", en BUSCH, DANNEMANN, SCHULTE-NÖLKE, WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA & ZOLL, Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms. Commentary, Jagiellonian University Press, Krakow, 2019, pp. 41-53.

Es curioso comprobar cómo la elusión del término en el Reglamento P2B había sido precedida, sin embargo, por su uso expreso en dos Directivas cruciales que abonan el debate sobre la perdurabilidad del régimen monolítico del «puerto seguro» (18) ante ciertos signos de cambio sectoriales (19). La Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual (20) y la Directiva sobre Mercado Único Digital (21) rompen la prudencia terminológica e incorporan expresamente las plataformas de intercambio de videos y las plataformas de video a la carta.

No obstante, a pesar de los decididos pasos que representan estas iniciativas, aún no se concreta el viraje definitivo del Derecho de la Unión para mirar de frente a la economía de plataformas. El punto de inflexión se produce con la adopción de las propuestas de Reglamento para una Ley de Servicios Digitales (en adelante, DSA) (22) y una Ley de Mercados Digitales (en adelante, DMA) (23). El protagonismo de las plataformas es ya indiscutible. La DSA construye un marco de obligaciones escalonadas desde los servicios de alojamiento de datos hasta las plataformas de muy gran tamaño que incorpora así a las plataformas como sujetos centrales. La DMA articula una compleja maquinaria basada en la designación como guardián de acceso a los proveedores de «servicios básicos de plataforma» sobre la base de una combinación de umbrales cualitativos y cuantitativos.

Esta conquista del terreno normativo por las plataformas no es puramente terminológica, ni debe entenderse meramente simbólica, es sustantiva y crucial en muchos aspectos.

En primer lugar, la DSA conserva la lógica de las exenciones de responsabilidad de la DCE, pero las ambienta en el nuevo contexto que las decisiones del TJUE habían venido abonando pero, sobre todo, tomando en consideración los extraordinarios avances en las prácticas, mecanismos y políticas para la moderación y el control de contenidos implementados por las plataformas (sistemas privados de detección y retirada, mecanismos automatizados de filtrado, modelos de gestión de contenidos). El régimen previsto es mucho más complejo y sofisticado, porque

(18) RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «Il Paradigma della Responsabilità degli Intermediari Digitali nel Contesto di una Economia di Piattaforme (Platform Economy)», *Diritto Comunitario E Degli Scambi Internazionali*, Fasc. 1-2/2018, pp. 203-221.

(19) FROSIO, G., “From Horizontal to Vertical: An Intermediary Liability Earthquake in Europe”, *12 Oxford Journal of Intellectual Property and Practice*, 2017, 565; Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper No. 2017-05, <https://ssrn.com/abstract=3009156> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3009156>.

(20) Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (*Directiva de servicios de comunicación audiovisual*), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado, L 303/69, 28.11.2018.

(21) Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, L 130/92, 17.5.2019.

(22) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE, 15.12.2020, COM(2020) 825 final 2020/0361 (COD).

(23) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales), 15.12.2020, COM(2020) 842 final 2020/0374 (COD).

también lo es el delicado equilibrio de intereses que confluyen en el ejercicio de derechos fundamentales en la sociedad digital (24).

En segundo lugar, la DSA se enfrenta a la nada fácil cuestión de la ley aplicable a las plataformas y la determinación de una conexión sustancial con la Unión para aplicar las reglas que contendrá este futuro Reglamento a plataformas con establecimiento fuera de la UE (Art. 1.3 DSA). La necesidad, ya no solo de determinar con claridad la aplicación de las normas europeas a las plataformas porque dirigen y prestan sus servicios a destinatarios en la Unión, sino además y, sobre todo, de constituir una infraestructura que asegure la eficacia de las medidas de supervisión y cumplimiento sobre prestadores no establecidos en la Unión, explica la adopción de normas, de apariencia puramente procedimental, sobre puntos de contacto y representantes legales (Arts. 10 y 11 DSA).

Finalmente, la DSA cristaliza, sin matices, la esencia normadora de las plataformas como sistemas jurídicos de base contractual, que definen en sus condiciones, políticas, procedimientos y mecanismos internos (Art. 12 DSA). Y es a partir de la aceptación de esta autonomía reguladora y de supervisión, sobre la que la DSA concreta las reglas dirigidas a asegurar la motivación de las decisiones, la transparencia, la gestión efectiva de quejas, la resolución de conflictos, las medidas para limitar usos indebidos o notificar sospechas de delitos, la trazabilidad de los comerciantes o incluso los esfuerzos por verificar la fiabilidad de la información. No son meras obligaciones caprichosamente impuestas a un prestador de servicios, sino un reconocimiento de su capacidad reguladora, gestora de conflictos, preventiva y resolutoria de ilícitos, limitadora del ejercicio de derechos fundamentales y libertades en su espacio de interacción. En definitiva, son obligaciones a medida para someter a ciertas reglas las funciones de las plataformas como auténticos reguladores, supervisores y generadores de confianza. No es un cambio de tono, sino de enfoque.

Por su parte, la DMA proyecta la respuesta de política legislativa a la acuciante necesidad de la economía de plataformas de acomodar las estrategias regulatorias a modelos *ex ante*. Una reacción respaldada únicamente por las herramientas del Derecho de la Competencia se mostraba insuficiente, tardía en ocasiones, parcial en otras (25). La DMA, más allá de los detalles de su contenido y de la compleja maquinaria en la que se articulan las decisiones de política legislativa, representa un cambio estratégico en la respuesta comunitaria. La aspiración es equipar a reguladores y supervisores con herramientas flexibles y adaptativas, *ex ante*, capaces de mitigar las fricciones de una economía de plataformas en la que la capacidad de impacto e influencia significativa de ciertos «guardianes de acceso» puede derivar en prácticas desleales o injustas, comprometer la competencia y disputabilidad real

(24) FROSIO, G. y GEIGER, C., “Taking Fundamental Rights Seriously in the Digital Services Act’s Platform Liability Regime”, (12 de diciembre de 2020), en <https://ssrn.com/abstract=3747756> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3747756>.

(25) Desde sus etapas iniciales, la respuesta se había centrado en los conflictos concurrenciales, BELL, R.B. y ADKINSON, W.F. Jr., “Antitrust Issues Raised by B2B Exchanges”, *Antitrust*, n.º 15 (1), 2000, pp. 18–24; BLUMENTHAL, W., “B2B Internet Exchanges: The Antitrust Basics”, *Antitrust Report*, May, 2000, pp. 34–55; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “E-Marketplaces: la competencia entre mercados”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 228, 2003, pp. 53–64; VOLLEBREGT, E., “E-Hubs, Syndication and Competition Concerns”, *ECLR*, n.º 21(10), 2000, pp. 437–443.

de los mercados y explotar la dependencia de los usuarios. Es un objetivo diverso al que vertebra el Derecho de la Competencia y, por ello, se aprovisiona de medidas, remedios y soluciones propios dirigidos a reducir la asimetría informativa de las autoridades y desligarse de la lógica del poder de mercado y la determinación del mercado relevante (26).

IV. EL DILEMA DE LAS PLATAFORMAS: IDENTIDAD Y RESPONSABILIDAD

El proceso de reorientación de las normas hacia la economía de plataformas ha estado acompañado de un intenso debate sobre el papel de los intermediarios en la sociedad digital. Es un debate con raíces profundas que alerta del efecto desestabilizador de la desinformación, la radicalización del discurso político, la manipulación informativa, la necesaria protección de los menores ante contenidos violentos, la normalización de los mensajes de odio o la vulnerabilidad de las sociedades democráticas (27). Por ello, la reflexión sobre el régimen de responsabilidad de intermediarios y plataformas ha adquirido una relevancia insólita y revelado la importancia social del dilema. Más allá de las consideraciones jurídico-privadas sobre la configuración final de las exenciones de responsabilidad asentadas en la DCE para los prestadores de servicios de intermediación, volvemos a la cuestión de fondo sobre el trasvase de poderes, funciones y responsabilidades de prevención y detección a intermediarios y plataformas.

En este contexto, encontramos dos cuestiones clave que deben resolverse: la «crisis de identidad» (28) de las plataformas –qué son–, y el «dilema» de las plataformas –cómo deben actuar para generar confianza sin aumentar su exposición al riesgo de la responsabilidad–.

Tras los primeros esfuerzos jurisprudenciales de encaje de las plataformas en el estrecho, aunque maleable, concepto de servicios de intermediación, con la

(26) CABRAL, L. et al, The EU Digital Markets Act. A Report from a Panel of Economic Experts, Report by the Joint Research Center, 2021.

(27) BADILLO, Á., «La sociedad de la desinformación: propaganda, fake news y la nueva geopolítica de la información», Documento de trabajo 8/2019, Real Instituto El Cano, 14 de mayo de 2019; BRADSHAW, S.; HOWARD, P. N., The Global Disinformation Order, 2019 Global Inventory of Organised Social Media Manipulation, Computational Propaganda Research Project, Oxford, 2019; CENTRO CRIPTOLÓGICO NACIONAL – MINISTERIO DE DEFENSA, Desinformación en el ciberespacio, febrero 2019, CCN-CERT BP/13; CONSEJO DE EUROPA, Acciones de lucha contra la desinformación del Consejo de Europa <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/coronavirus/fightingdisinformation/>; CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Acciones de lucha contra la desinformación del Consejo de la Unión Europea, https://ec.europa.eu/info/live-work-travel/eu/health/coronavirus-response/fighting-disinformation_es; OLMO Y ROMERO, J. A., «Desinformación: Concepto y perspectivas», ARI 41/2019, Real Instituto El Cano, 9 de abril de 2019; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «La Responsabilidad de las Plataformas en el Control de las Noticias Falsas: Modelos para Mitigar la Desinformación», en RODRÍGUEZ AYUSO, J.F. Y ATIENZA MACÍAS, E., Retos jurídicos ante la crisis del COVID-19, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 299-321; WARDLE, C., “Fake News. It’s Complicated”, First Draft News, Feb. 16, 2017, <https://medium.com/1st-draft/fake-news-its-complicated-d0f773766c79> (última visita 25/04/2021).

(28) Con una expresión muy afortunada e ilustrativa para describir la situación, DE FRANCHESCI, A., “Uber Spain and the «Identity Crisis» of Online Platforms”, EuCML, n.º 1/2018, 2018, pp. 1-5.

advertencia de que no desempeñen un papel activo (29), llega la «crisis de identidad» de las plataformas. La amplia variedad de modelos de negocio, la diversa configuración funcional del operador, las posibilidades de diseño del andamiaje contractual de políticas, mecanismos y procedimientos internos exigen un estudio concreto y contextualizado para desvelar la identidad, en cada caso, del operador de la plataforma (30). Una calificación que, en ocasiones, podrá estar lejos del molde de prestador pasivo e instrumental de servicios de intermediación y emergerá como proveedor directo del servicio o adoptará otras formas jurídicas.

Es el primer dilema de las plataformas. Regular, supervisar, resolver conflictos, genera un entorno de confianza, pero, si denota control o influencia decisiva en la actividad de los usuarios, aleja progresivamente a las plataformas de la protección que les confiere su calificación de mero prestador de servicios de intermediación. Y de ahí deriva el segundo dilema, cómo generar confianza sin comprometer su responsabilidad. La DCE se situaba en una posición equidistante ideal entre la inexistencia de una obligación general de supervisión (Art. 15) y la activación del deber de actuar con el conocimiento efectivo. Pero este régimen de exención de la responsabilidad presenta en la práctica muchas aristas y ofrece matices mucho más complejos. Obtener conocimiento efectivo es vital. Las plataformas articulan sistemas, procedimientos y mecanismos privados para la detección y retirada, sin supervisar de forma general. Un equilibrio delicado, difícil e inestable. La DSA no renuncia a la lógica de la DCE, que preserva y mantiene en la economía de plataformas porque ha demostrado, con todo, un balance adecuado de los intereses en juego, pero la matiza y sazona con consideraciones de mucho calado. Anima a los intermediarios a adoptar medidas voluntarias para detectar, identificar y retirar contenidos ilícitos y cumplir con la normativa europea sin comprometer la aplicación de las exenciones de responsabilidad (art. 6); reconoce la facultad de las plataformas de determinar sus políticas y herramientas internas para la moderación de contenidos incluyendo decisiones algorítmicas y revisión humana (art. 12); aclara la implantación de mecanismos de notificación y acción (art. 14) y la toma de decisiones por la plataforma de retirada o inhabilitación (art. 15); impone sistemas internos de tramitación de reclamaciones ante decisiones de retirada de contenidos, de suspensión del servicio o de cierre de cuentas (art. 17); reconoce la posibilidad de adoptar medidas ante usos indebidos (art. 20); y da carta de naturaleza a los *trusted flaggers* (art. 19). Es un arsenal muy distinto a los estilizados artículos 12 a 15 DCE. Representa un importante esfuerzo por aliviar el dilema de las plataformas logrando el mejor equilibrio de intereses y la protección eficaz de los derechos y libertades fundamentales en la sociedad digital, sin ahogar el crecimiento de la economía de plataformas, sin condicionar su identidad.

(29) C-324/09 L'Oréal SA and Others v. eBay International AG and Others, 12 de julio de 2011.

(30) C-434/15, Asociación Profesional Élite Taxi c. Uber Spain Systems, S.L., 20 de diciembre de 2017; C320/16, *Uber France SAS*, 10 de abril de 2018; C390/18, *Airbnb Ireland*, 19 de diciembre de 2019.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BADILLO, Á., «La sociedad de la desinformación: propaganda, fake news y la nueva geopolítica de la información», Documento de trabajo 8/2019, Real Instituto El Cano, 14 de mayo de 2019.
- BELL, R.B. y ADKINSON, W.F. Jr., “Antitrust Issues Raised by B2B Exchanges”, *Antitrust*, n.º 15 (1), 2000, pp. 18–24.
- BRADSHAW, S.; HOWARD, P. N., *The Global Disinformation Order, 2019 Global Inventory of Organised Social Media Manipulation*, Computational Propaganda Research Project, Oxford, 2019.
- BLUMENTHAL, W., “B2B Internet Exchanges: The Antitrust Basics”, *Antitrust Report*, May, 2000, pp. 34-55.
- CABRAL, L. et al, *The EU Digital Markets Act. A Report from a Panel of Economic Experts*, Report by the Joint Research Center, 2021.
- CENTRO CRIPTOLÓGICO NACIONAL – MINISTERIO DE DEFENSA, *Desinformación en el ciberespacio*, febrero 2019, CCN-CERT BP/13.
- CONSEJO DE EUROPA, *Acciones de lucha contra la desinformación del Consejo de Europa* <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/coronavirus/fightingdisinformation/>.
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Acciones de lucha contra la desinformación del Consejo de la Unión Europea*, https://ec.europa.eu/info/live-work-travel/eu/health/coronavirus-response/fighting-disinformation_es.
- DE FRANCHESCI, A., “Uber Spain and the «Identity Crisis» of Online Platforms”, *EuCML*, n.º 1/2018, 2018, pp. 1-5.
- FROSIO, G. y GEIGER, C., “Taking Fundamental Rights Seriously in the Digital Services Act’s Platform Liability Regime”, (12 de diciembre de 2020), en <https://ssrn.com/abstract=3747756> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3747756>.
- FROSIO, G. y HUSOVEC, M., “Accountability and Responsibility of Online Intermediaries”, en FROSIO (ed.), *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Oxford University Press, Oxford, 2020.
- FROSIO, G., “From Horizontal to Vertical: An Intermediary Liability Earthquake in Europe”, *12 Oxford Journal of Intellectual Property and Practice*, 2017, 565; Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper No. 2017-05, <https://ssrn.com/abstract=3009156> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3009156>.
- GERBER, D. J., “Rethinking the Monopolist’s Duty to Deal: A Legal and Economic Critique of the Doctrine of «Essential Facilities»”. *Va.L.Rev. (Virginia Law Review)*, n.º 74, 1988, pp. 1069-1113.
- MALONE, T. W., “Modelling Coordination in Organizations and Markets”, *Management Science*, n.º 33(10), 1987, pp. 1317-1332
- MALONE, T.W.; YATES, J., BENJAMIN, R. I., “Electronic Markets and Electronic Hierarchies”, *Communications of the ACM*, n.º 30(6), 1987, pp. 484-497.
- OLMO Y ROMERO, J. A., «Desinformación: Concepto y perspectivas», ARI 41/2019, Real Instituto El Cano, 9 de abril de 2019.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. y FELIU REY, J., “Digital Intermediary Liability or Greater Responsibility: A Remedy for Fake News?”, en WEAVER, R.L.; et al. (Eds.), *Twenty-First Century Remedies*, Carolina Academic Press, North Carolina, 2019, pp. 91-114.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “Article 2. Definitions”, en BUSCH, DANNEMANN, SCHULTE-NÖLKE, WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA & ZOLL, *Discussion Draft of a*

- Directive on Online Intermediary Platforms. Commentary, Jagiellonian University Press, Krakow, 2019, pp. 41-53.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «Il Paradigma della Responsabilità degli Intermediari Digitali nel Contesto di una Economia di Piattaforme (Platform Economy)», *Diritto Comunitario E Degli Scambi Internazionali*, Fasc. 1-2/2018, pp. 203-221.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «La Responsabilidad de las Plataformas en el Control de las Noticias Falsas: Modelos para Mitigar la Desinformación», en RODRÍGUEZ AYUSO, J.F. y ATIENZA MACÍAS, E., *Retos jurídicos ante la crisis del COVID-19*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 299-321.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “Refusal to Deal, Abuse of Rights and Competition Law in Electronic Markets and Digital Communities”, *European Review of Private Law*, n.º 22(5), 2014, pp. 685-702.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “Rules for a Platform Economy: A Case for Harmonization to Counter «Platform shopping» in the Digital Economy”, en PRETELLI, I. (ed.), *Conflict of Laws in the Maze of Digital Platforms – Le droit international privé dans le labyrinthe des plateformes digitales – Actes de la 30e Journée de droit international privé du 28 juin 2018 à Lausanne*, Shulthess, Zurich, 2018, pp. 55-79.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “The background of the Digital Services Act: looking towards a platform economy”, *ERA Forum*, n.º 22(1), pp. 75-86, 2021. DOI: 10.1007/s12027-021-00654-w. Disponible en <https://rdu.be/ce8dM>.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “The Emergence of Digital Communities: Generating Trust, Managing Conflicts, and Regulating Globality... Digitality”, en GREENHOUSE, C. J. y DAVIS, Ch. L., *Landscapes of Law: Practicing Sovereignty in Transnational Terrain*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2020, pp. 250-277.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “The Legal Anatomy of Electronic Platforms: A Prior Study to Assess the Need of a Law of Platforms in the EU”, *The Italian Law Journal*, n.º 1/3, 2017, pp. 149-176.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *El régimen jurídico de los Mercados Electrónicos Cerrados (e-marketplaces)*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «E-Marketplaces: la competencia entre mercados», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 228, 2003, pp. 53-64.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS PÉREZ, A., «La migración digital», *TELOS. Cuadernos de comunicación, tecnología y sociedad*, n.º 61, 2004, pp. 4-6.
- VOLLEBREGT, E., «E-Hubs, Syndication and Competition Concerns», *ECLR*, n.º 21(10), 2000, pp. 437-443.
- WARDLE, C., “Fake News. It’s Complicated”, *First Draft News*, Feb. 16, 2017, <https://medium.com/1st-draft/fake-news-its-complicated-d0f773766c79> (última visita 25/04/2021).

EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES DURANTE LA PANDEMIA POR COVID-19. ALGUNAS REFLEXIONES Y LECCIONES APRENDIDAS

Gemma MINERO ALEJANDRE*

Resumen

En este trabajo se estudian las bases jurídicas legitimadoras del tratamiento de datos personales relacionados con la salud durante la crisis sanitaria provocada por la COVID-19. Se analizan los principios rectores de todo tratamiento regulados en el Reglamento General Europeo de Protección de Datos, que también han de regir en aquellos tratamientos realizados en base al consentimiento expreso del sujeto interesado o, en el caso de las personas fallecidas, de sus representantes legales. Se reflexiona sobre tratamientos específicos realizados y se tienen en cuenta las recomendaciones aprobadas por el Comité Europeo de Protección de Datos y la Agencia Española de Protección de Datos.

Palabras clave

Protección de datos personales, consentimiento del interesado, responsable del tratamiento, salud pública, estado de alarma, crisis sanitaria, geolocalización, aplicaciones móviles de rastreo, derecho sui generis, inversión.

Abstract

This paper studies the legal basis of personal data processing. In particular, in relation to processing of data concerning health, during the COVID-19 health crisis. Data-protection principles contained within the General Data Protection Regulation are analyzed. These general data-protection principles are also applied in cases where the data subject has explicitly consented the processing. The paper also analyzes some real specific data processing made during the COVID-19 pandemic. It takes into account the recommendations made by the European Data Protection Committee, and the Spanish Agency for Data Protection.

* Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho Privado, Social y Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. gemma.minero@uam.es

Keywords

Data protection, data subject's consent, controller, public health, state of alarm, health crisis, geolocation, contact tracking apps, sui generis right, investment.

SUMARIO: I. Introducción al objeto de estudio. II. Advertencias de las autoridades de protección de datos y bases jurídicas del tratamiento distintas del consentimiento. III. Principios rectores del tratamiento de datos personales. IV. En particular, algunas reflexiones sobre las aplicaciones de rastreo. V. Tutela de la base de datos por un derecho de propiedad intelectual muy especial: el derecho *sui generis*. VI. Algunas conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN AL OBJETO DE ESTUDIO

Desde la suscripción del Convenio número 108 del Consejo de Europa sobre Protección de datos de carácter personal (2), hasta hoy, han sido muchos los pasos dados y los cambios efectuados en la configuración del régimen de tutela frente al uso de datos personales.

El derecho a la protección de datos personales es actualmente un derecho independiente de otros derechos previstos en el artículo 18 de la Constitución española, como puede ser el derecho a la intimidad o el derecho al honor. Este precepto constitucional, en su apartado cuarto, contempla un reconocimiento muy escueto, limitado a la previsión de que la ley limite «el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». Sin embargo, la jurisprudencia, primero, y el legislador europeo, después, se han encargado de perfilar una tutela robusta. (3)

(2) Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981 (BOE n.º 274, de 15 de noviembre de 1985), ratificado por España el 27 de enero de 1984 y entrado en vigor el 1 de octubre de 1985. De acuerdo con el artículo 1 de este tratado internacional, el objetivo que se persigue con su aprobación es el de «garantizar, en el territorio de cada Parte, a cualquier persona física sean cuales fueren su nacionalidad o su residencia, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona». Tal y como consta en el preámbulo, el Convenio se adopta «considerando que es deseable ampliar la protección de los derechos y de las libertades fundamentales de cada uno, concretamente el derecho al respeto de la vida privada, teniendo en cuenta la intensificación de la circulación a través de las fronteras de los datos de carácter personal que son objeto de tratamientos automatizados». Téngase presente la relación directa entre la tutela de los datos personales y el derecho al respeto de la vida privada, que tanto el preámbulo como el articulado se encargan de señalar.

(3) Así lo indica expresamente el apartado primero del preámbulo de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (BOE n.º 294, de 6 de diciembre de 2018), y así había sido reconocido previamente por la jurisprudencia constitucional. La STC 254/1993, de 20 de julio, supone la primera aproximación al significado del artículo 18.4 de la Constitución. Se identificó, entonces, en esta norma una nueva garantía constitucional,

Goza de regulación en un cuerpo normativo propio –la actual Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, en adelante LOPDGDD, que transpone el Reglamento General Europeo de Protección de Datos, en adelante RGPD–, de cuya aplicación se deduce que se ha convertido en uno de los derechos más importantes para el desarrollo de una sociedad democrática avanzada y para el libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de las personas, sobre todo, más que nunca, en el entorno digital (4).

Es innegable que el éxito del desarrollo tecnológico y de las nuevas formas de consumo pasan por el tratamiento masivo de datos personales, que, en ocasiones, raya la vigilancia constante y la influencia patente en las preferencias y decisiones de los ciudadanos. Influencia que no ha estado exenta de polémica desde que brotó la pandemia provocada por la COVID-19, entre otros contextos, en relación con un conjunto de datos personales tratados por los sistemas de detección y control de la enfermedad y en las aplicaciones de rastreo o seguimiento, que tratan datos de particular relevancia para el individuo, como son los datos de la salud (5). Esta categoría especial de datos, además, tiene un alto valor en el mercado (6).

que constituye una dimensión del derecho a la intimidad, en el que se incluye la facultad de los interesados de acceder a los datos que la Administración posee de ellos. Esta línea de ambigüedad se mantuvo en las SSTC 143/1994 y 11/1998, virando en las dos sentencias dictadas por este órgano el 30 de noviembre de 2000 (SSTC n.º 290/2000 y 292/2000). En estas dos últimas resoluciones se configura el derecho a la protección de datos como un verdadero derecho fundamental nuevo, con razón de ser propia y existencia autónoma. En efecto, hasta la jurisprudencia constitucional dictada en 2000, las sentencias destacaron la trascendencia de este derecho, pero también su carácter instrumental, para servir a la protección de otros derechos fundamentales, como «instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos». Véase LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «La Constitución y el derecho a la autodeterminación informativa», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 19-20, 2003, p. 27 y ss.

(4) Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (DOUE n.º 119, de 4 de mayo de 2016). El reconocimiento de este derecho también se recoge en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 16.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

(5) De acuerdo con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el término «datos relativos a la salud» debe interpretarse en sentido amplio [sentencia de 6 de noviembre de 2003, C-101/01 (Lindqvist), apartado 50]. Han de entenderse englobados en este término los datos contenidos en la historia clínica y resultados de exámenes y tratamientos, contestaciones de los interesados a encuestas de auto-comprobación, como es la declaración de síntomas y, finalmente, información que se convierte en datos sanitarios al ser utilizada en el contexto específico de la crisis sanitaria, como puede ser información sobre un viaje reciente un país afectado por una determinada variante de la COVID-19, el lugar de residencia o los datos de localización (ubicación) de una persona en las horas y días previos al diagnóstico positivo del virus, con el objeto de identificar al resto de personas que pudieran haberse expuesto a una situación de riesgo de contagio. Véase, COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Directrices 03/2020 sobre el tratamiento de datos relativos a la salud con fines de investigación científica en el contexto del brote de COVID-19*, adoptadas el 21 de abril de 2020, disponibles en la siguiente URL: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202003_health-datascientificresearchcovid19_es.pdf (último acceso: 6 de mayo de 2021), p. 5.

(6) Sin embargo, el éxito obtenido por este tipo de aplicaciones es más que dudoso. Se ha sostenido que la eficacia de estas para combatir la pandemia exigía el uso por al menos el 60% de la población de un concreto municipio o país. Teniendo en cuenta el carácter voluntario del uso de este tipo de tecnologías –naturaleza no imperativa sobre la que volveremos más adelante–, puede afirmarse que ninguna de las aplicaciones ha conseguido un mínimo nivel de éxito.

En este sentido, ahora más que nunca, se hace necesaria la tarea de concienciación ciudadana para adquirir el conocimiento de la existencia, del contenido de este derecho fundamental y de las vías para su reivindicación. En este trabajo se reflexiona sobre algunas de las implicaciones jurídicas que la normativa vigente exige en los tratamientos de datos personales de los que hemos sido objeto en los últimos meses –o seguiremos siéndolo, en algunos casos–.

Quedan fuera de este estudio los tratamientos de datos debidamente anonimizados llevados a cabo durante la crisis sanitaria, pues, tras la anonimización, siempre que esta se haya realizado correctamente, no podremos hablar de datos personales ni aplicar la normativa reguladora de estos (7). Así, por ejemplo, los datos de geolocalización anonimizada de móviles, que fueron requeridos tanto por el Gobierno español como por la Comisión Europea a los teleoperadores de comunicaciones para detectar movimientos de población (8). No se optó, sin embargo, por hacer un tratamiento de datos personales como medida de vigilancia y mitigación de aglomeraciones de ciudadanos, como hubiera sido el hecho de geolocalizar a determinadas personas identificadas o identificables y reconstruir sus movimientos y cambios de localización o enviar mensajes sobre salud pública por teléfono o

(7) La anonimización supone dar un paso más allá de la seudonimización. Esta segunda se define en el artículo 4.5 del RGPD como «el tratamiento de datos personales de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable». De acuerdo con el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29 (Unión Europea), la seudonimización es una útil medida de seguridad, pero no es un método de anonimización, porque permite singularizar a los interesados y vincularlos entre conjuntos de datos diferentes. Por ello, la probabilidad de que el seudoanonimato admita la identificabilidad es alta y este tipo de tratamiento entra dentro del ámbito de aplicación del régimen jurídico de la protección de datos. Véase GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29 (UNIÓN EUROPEA), *Dictamen sobre técnicas de anonimización*, 10 de abril de 2014, p. 3. El Comité de Bioética de España valora positivamente que en el contexto de la base legitimadora de la investigación científica en situaciones de riesgo para la salud pública –sobre la que posteriormente se volverá a lo largo de este trabajo– se pueda hacer uso de la seudonimización frente a la tradicional estricta anonimización porque ello permite tanto «ampliar el conjunto de los datos que se utilizan en la investigación» como «lo que es muy importante en el estado actual de la ciencia del Big Data, contrastar los resultados de la explotación de datos con, por ejemplo, la verdadera evolución de los pacientes (verificación de resultados)». COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe sobre los requisitos ético-legales en la investigación con datos de salud y muestras biológicas en el marco de la pandemia de COVID-19*, p. 19, accesible en la siguiente URL: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE%20investigacion%20COVID-19.pdf> (último acceso: 6 de mayo de 2021).

(8) Véase Orden SND/297/2020, de 27 de marzo, disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/28/pdfs/BOE-A-2020-4162.pdf> y, en el ámbito europeo, véase

<https://www.politico.com/news/2020/03/24/europe-mobile-data-coronavirus-146074>, ambas referenciadas por la AEPD en estudio «El uso de las tecnologías en la lucha contra el COVID19», accesible en <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-05/analisis-tecnologias-COVID19.pdf> (último acceso: 6 de mayo de 2021). Con ello se sigue la directriz de dar prioridad al uso de datos de localización anonimizados, sobre la que llamaba la atención el COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, en su resolución «Directrices 04/2020 sobre el uso de datos de localización y herramientas de rastreo de contactos en el contexto de la pandemia de COVID 19», adoptadas el 21 de abril de 2020, p. 6, accesible en https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_20200420_contact_tracing_covid_with_annex_es.pdf (último acceso: 6 de mayo de 2021).

SMS a grupos de personas en una zona específica. (9) De ahí lo infundado de buena parte de las críticas vertidas en debates mediáticos y medios de comunicación. (10)

A falta de jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que avale las afirmaciones contenidas en este trabajo –dado lo prematuro de la cuestión–, este artículo plasma algunas ideas doctrinales, basadas en las recomendaciones realizadas por las autoridades nacionales y europeas en materia de protección de datos y en el estudio del funcionamiento e idiosincrasia de algunos ejemplos reales de tratamiento de datos referidos a la salud de los ciudadanos. (11)

II. ADVERTENCIAS DE LAS AUTORIDADES DE PROTECCIÓN DE DATOS Y BASES JURÍDICAS DEL TRATAMIENTO DISTINTAS DEL CONSENTIMIENTO

El Comité Europeo de Protección de Datos, en su declaración de 19 de marzo de 2020 –*Declaración sobre el tratamiento de datos personales en el contexto del brote de COVID-19*–, advertía del hecho de que el RGPD sigue vigente en tiempos de pandemia. En principio, la crisis sanitaria no suspende ni restringe la posibilidad de que los interesados ejerzan sus derechos de conformidad con los artículos 12 a 22 del RGPD. Eso sí, el artículo 89.2, del RGPD permite al legislador nacional

(9) En principio, se cumple con el principio de proporcionalidad, optando preferentemente por las soluciones menos invasivas, teniendo en cuenta el objetivo específico que se pretende alcanzar con el tratamiento. Se desecharon medidas de rastreo de personas con tratamiento de datos de localización no anonimizados.

(10) Véase WENDEHORST, C., “COVID-19 Apps and Data Protection”, en *Coronavirus and the Law in Europe*, disponible en la siguiente URL: <https://www.intersentiaonline.com/publication/coronavirus-and-the-law-in-europe/10> (último acceso: 6 de mayo de 2021).

(11) Entre la doctrina, puede verse: TRONCOSO REIGADA, A., «Los tratamientos de datos personales para fines de salud pública y el derecho a la protección de datos personales en tiempos del COVID-19», en *Retos jurídicos ante la crisis del COVID-19*, coord. por RODRÍGUEZ AYUSO, J. F. & ATIENZA MACÍAS, E., 2020, pp. 553-601; COSTA, G., PERIS BRINES, N. & CERVERA NAVAS, L., «La protección de datos en un verano con sombrero y mascarilla», *La Ley privacidad*, N.º 5, 2020; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., «Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública», *Diario La Ley*, N.º 9604, 2020; RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B., «Tratamiento de datos personales en la lucha contra la pandemia por la covid-19. Las medidas de excepción y principio de proporcionalidad», *Revista española de derecho administrativo*, N.º 209, 2020, pp. 317-356; ORTEGA GIMÉNEZ, A., «COVID-19: un desafío para la Protección de datos de carácter personal», *Actualidad jurídica iberoamericana*, N.º Extra 12, 2, 2020, pp. 860-867; NAVAL PARRA, M.C., «La protección de datos personales en la lucha contra la propagación del Coronavirus», *Diario La Ley*, N.º 9638, 2020; RODRÍGUEZ AYUSO, J. F., «Protección de datos personales en el contexto de la COVID-19. Legitimación en el tratamiento de datos de salud por las Administraciones Públicas», *Revista catalana de dret públic*, N.º Extra 3, 2020, pp. 137-152; FRÍAS MARTÍNEZ, E., «Covid-19. Medidas limitativas de derechos. “Arcas de Noé”». Mención a la protección de datos personales. Herramientas de geolocalización», *Diario La Ley*, N.º 9619, 2020; SCHNEBLE, C.O., ELGER, B.S. & SHAW, D.M., “Data protection during the coronavirus crisis”, *EMBO Reports*, Volume 21, Issue 9, September 2020; BRADFORD, L., ABOY, M. & LIDDELL, K., “COVID-19 contact tracing apps: a stress test for privacy, the GDPR, and data protection regimes”, *Journal of Law and the Biosciences*, Volume 7, Issue 1, January-December 2020; y VENTRELLA, E., “Privacy in emergency circumstances: data protection and the COVID-19 pandemic”, *ERA Forum* 21, 379–393 (2020).

limitar los derechos del interesado establecidos en el capítulo III de este cuerpo normativo. Además, en el citado documento del Comité Europeo de Protección de Datos se advertía que el RGPD no podía ser considerado un escollo en la toma de decisiones que impliquen el uso de datos personales para atajar la pandemia actual. (12) En paralelo, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) emitió, con fecha de 12 de marzo de 2020, su Informe 0017/2020, sobre los tratamientos de datos en relación con el COVID-19. (13)

En la ponderación entre el derecho a la salud y la tutela del interés general de la salud pública y el interés particular a la protección de los datos personales, este último ha de decaer, en beneficio del primero, cuando existe una emergencia sanitaria de alcance general. (14) De ahí que, en estos supuestos excepcionales, se permita el tratamiento de datos personales por las autoridades sanitarias competentes de las distintas administraciones públicas, cuando ese uso de datos personales sea necesario por razones de interés público esencial en el ámbito de la salud pública, sin que dicho tratamiento deba basarse en el consentimiento de los afectados. (15) Ello incluye el Ministerio de Sanidad y las entidades autonómicas competentes o sujetos en los que hubieren delegado, así como el Instituto Nacional de Estadística, la Red Nacional de Vigilancia epidemiológica, de reciente creación, así como otros órganos creados a tales efectos a nivel nacional, autonómico o municipal (16). La base jurídica del tratamiento deja de ser en estos casos el consentimiento del interesado para pasar a ser la tutela de la salud colectiva. De ahí que las personas afectadas no pueden negarse a someterse al tratamiento de sus datos personales, so pena de la sanción administrativa y pudiendo llegar a cometer un delito contra la

(12) Texto accesible en la siguiente URL: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/other-guidance/statement-processing-personal-data-context-covid-19_es (último acceso: 6 de mayo de 2021).

(13) Texto accesible en la página web de la AEPD: <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf> (último acceso: 6 de mayo de 2021). En su párrafo primero se afirma: «la normativa de protección de datos personales, en tanto que dirigida a salvaguardar un derecho fundamental, se aplica en su integridad a la situación actual, dado que no existe razón alguna que determine la suspensión de derechos fundamentales, ni dicha medida ha sido adoptada».

(14) De acuerdo con la citada Declaración, el derecho a la salud prima frente al derecho a la protección de datos personales «cuando el tratamiento sea necesario por razones de interés público esencial en el ámbito de la salud pública». «En estas circunstancias, no es necesario basar el tratamiento de los datos en el consentimiento de los afectados». COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Declaración sobre el tratamiento de datos personales en el contexto del brote de COVID-19*, cit., p. 1.

(15) En el caso de las páginas web y aplicaciones móviles no oficiales, gestionadas por entidades privadas, ampliamente extendidas, que permiten la autoevaluación de la enfermedad o transmiten consejos relativos a la COVID-19, el tratamiento exige el consentimiento del interesado. La AEPD emitió un comunicado el 16 de marzo de 2020, en el que advertía a la ciudadanía de los riesgos que implica el facilitar categorías de datos sensibles, como son los relativos a la salud, a estas webs y apps, «incluso en aquellos casos en los que aparentemente esos datos no se asocian a la identidad del usuario que utiliza la aplicación». Ello se hace tras constatar la AEPD que muchas de estas páginas y aplicaciones no aportan información que permita identificar a los responsables del tratamiento ni detallan las finalidades de dicho tratamiento. En dicho comunicado, la AEPD anunciaba el inicio de actuaciones de investigación para identificar a los responsables e imponerles las correspondientes sanciones económicas. Texto accesible en la página web de la AEPD: <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/comunicado-de-la-aepd-en-relacion-con-webs-y-apps-que-ofrecen> (último acceso: 6 de mayo de 2021).

(16) RODRÍGUEZ AYUSO, J. F., «Protección de datos personales en el contexto de la Covid-19. Legitimación en el tratamiento de datos de salud por las Administraciones Públicas», cit., p. 141.

salud pública. Esta regla especial abarca el tratamiento de datos personales de categorías especiales, como pueden ser los datos de la salud. (17)

Téngase en cuenta la limitación subjetiva de esta regla excepcional: otros sujetos diferentes de las citadas autoridades sanitarias no entrarán dentro de esta vía de legitimación especial no basada en el consentimiento del interesado. Dado que estamos ante una regla excepcional, esta ha de interpretarse de forma restrictiva, nunca extensiva ni haciendo uso de la figura de la analogía. Piénsese, por ejemplo, en operadores de telecomunicaciones o en empresas privadas, que necesitarán del consentimiento del interesado para realizar un tratamiento lícito de datos de carácter personal. Asimismo, regirá la prohibición contenida en el considerando 54 del RGPD, referido a los datos de la salud, que impide que terceros, «como empresarios, compañías de seguros o entidades bancarias» traten los datos personales con otros fines. (18) La prohibición legal del uso de datos por terceros distintos de los gestores sanitarios públicos busca preservar el mantenimiento de los estándares éticos y legales respecto del uso de datos personales relacionados con la salud. (19) Advertencia esta última que no era necesaria, pues se podía inferir de la propia interpretación restrictiva del ámbito subjetivo al que se aplica esta regla excepcional distinta del consentimiento del interesado. (20)

Sin embargo, el tratamiento de datos personales lícito por motivos de salud pública no debe hacerse a toda costa o sin exigir ninguna garantía, sino que han de cumplirse unos principios mínimos normativos. En este sentido, el citado documento del Comité Europeo de Protección de Datos señaló que las medidas que en su caso se adoptasen y que afecten a este derecho fundamental debían ser temporales, no permanentes o irreversibles. (21) Afirmación que se infiere asimismo de la

(17) Se cumple, por tanto, el principio de legalidad en el tratamiento de datos de carácter personal, que exige que el tratamiento se base en una causa legitimadora de las previstas en la normativa de protección de datos para las categorías especiales de datos (artículos 6.1 y 9.2 del RGPD).

(18) Téngase presente que la gestión sanitaria, en ocasiones, se realiza por empresas privadas, si bien estas no se subsumirán en el citado considerando 54 RGPD, al actuar por delegación o en ejercicio de facultades conferidas por la autoridad pública.

(19) Por ello, en estos casos, la licitud del tratamiento de datos personales pasa por el consentimiento expreso del interesado. Pensemos, por ejemplo, en la traducción que el uso de estos datos de la salud puede tener en un aumento de la prima a pagar por el seguro de vida contratado por una persona que resulta contagiada por COVID-19, determinándose dicho incremento, por ejemplo, en la evolución del infectado y en el carácter persistente o no de sus secuelas. Yendo un paso más allá se puede pensar en la futura denegación de la celebración de este tipo de seguros si el conjunto de compañías aseguradoras pudiera hacer uso de los datos recopilados por las autoridades sanitarias durante la actual crisis sanitaria.

(20) Con todo, este considerando no está de más, ni siquiera en un sistema de salud pública altamente reglamentado y con garantías en la afectación de la privacidad, como es el español, pues es fácil, en ocasiones, difuminar la frontera entre lo público y lo privado y entre, por un lado, la declarada finalidad de la gestión de esta crisis sanitaria y, por otro lado, la persecución de otros objetivos parejos, pero no idénticos, que no podrán subsumirse en las mismas bases jurídicas de interés público mencionadas en este trabajo.

(21) «Es preciso tener en cuenta una serie de consideraciones para garantizar el tratamiento lícito de los datos personales y recordar, en todos los casos, que cualquier medida adoptada en este contexto debe respetar los principios generales del derecho y no ser irreversible. La actual pandemia es una situación jurídica que puede legitimar ciertas restricciones de las libertades siempre que estas sean proporcionadas y su duración no se prolongue más allá de la propia duración de la epidemia». COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Declaración sobre el tratamiento de datos personales en el contexto del brote de COVID-19*, cit., p. 1.

exigencia de interpretar las reglas excepcionales de forma restrictiva: la licitud del tratamiento de datos personales empleando una base jurídica excepcional distinta del consentimiento del afectado durará lo que dure la situación de excepcionalidad que lo justifica. En nuestro caso, el término final de la licitud del tratamiento habrá de ser decidido por las autoridades sanitarias en base a la duración de la situación de pandemia. Parece razonable que pueda extenderse más allá de la duración del estado de alarma, hasta el control real de la enfermedad y la terminación del proceso de vacunación. (22)

Únicamente podrán tratarse los datos necesarios para la finalidad de tutela de la salud pública, no para otros fines. En este caso, solamente podrán tratarse los datos necesarios para evitar la propagación de la enfermedad, evaluar la eficacia global de las medidas de confinamiento y para gestionar la evolución de las personas ya contagiadas y la gestión de la vacunación. La AEPD hace un llamamiento a la importancia de no confundir la conveniencia del tratamiento con la necesidad del tratamiento. El tratamiento necesario es únicamente el imprescindible. Otros tratamientos no imprescindibles, pero sí convenientes, requerirán, en todo caso, del consentimiento del interesado para resultar lícitos. (23)

Las autoridades sanitarias podrán, utilizando como base jurídica la tutela de la salud colectiva, realizar un seguimiento telefónico diario y recabar los correspondientes datos, durante 15 días o dentro del período de conservación de datos que, desde el punto de vista epidemiológico, resulten pertinentes, de la persona contagiada con COVID-19, para conocer la evolución y valorar el posible ingreso o la medicación a aplicar, como parte de una estrategia global de salud pública que incluya la realización de pruebas de detección y el tratamiento de los datos así obtenidos. Otro ejemplo subsumible en esta base jurídica excepcional es el uso de datos personales de los ciudadanos para comunicarles la fecha de citación para la vacunación, debiendo contar con una vía alternativa de aviso para no invisibilizar a las personas que no saben o no poseen un teléfono móvil. Asimismo, se engloba

(22) De ahí la prohibición general de reutilización de los datos de la salud pública una vez termine la crisis sanitaria. Prohibición general que se aplica tanto a personas físicas como jurídicas, tanto de carácter público como privado, que sean consideradas responsables del tratamiento de datos, y tanto si el tratamiento se ha llevado a cabo con el consentimiento expreso del interesado como cuando se ha realizado por aplicación de alguna de las bases jurídicas legitimadoras del tratamiento distintas del propio consentimiento y contenidas en el RGPD. No comparto, sin embargo, la postura defendida por un grupo de juristas especializados en la materia, encabezados por Manuela Battaglini, Elena Gil González, Javier Valls Prieto y José Antonio Castillo Parrilla, en su carta dirigida al Gobierno de la Nación, en la que exigían la limitación temporal del tratamiento de datos personales a un período de «19 meses» o «hasta que salga la vacuna». Texto accesible en esta URL: <https://elpais.com/tecnologia/2020-03-21/expertos-en-privacidad-admiten-que-la-crisis-permite-un-uso-excepcional-de-datos-personales.html> (último acceso: 6 de mayo de 2021). Valoro el esfuerzo por determinar el máximo temporal del uso, pero me parece más adecuado permitir una interpretación flexible del cumplimiento de este requisito, que permita tener en cuenta la evolución de factores sanitarios aún hoy desconocidos o inciertos que habrán de ser identificados y valorados por las autoridades sanitarias. En este sentido, no me parece inadecuado el contenido del artículo 23 del Real Decreto Ley 21/2020, de 9 de junio, que establece que las medidas serán aplicables incluso una vez finalizada la prórroga del estado de alarma, hasta que el Gobierno declare, previo informe del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

(23) Así, por ejemplo, el tratamiento que puedan hacer las entidades enunciadas en el considerando 54 del RGPD. En particular, las empresas aseguradoras y personas jurídicas relacionadas con servicios sanitarios o paralelos.

dentro de esta base legitimadora el rastreo de contactos, con la finalidad de que las personas que hayan estado muy cerca de alguien que resulte ser un portador confirmado de la enfermedad sean informadas con celeridad, a fin de romper las cadenas de transmisión lo antes posible.

Sin embargo, esta base jurídica no será suficiente, por ejemplo, para que las autoridades sanitarias obliguen a este sujeto y al resto de personas de su entorno con quien hubiera tenido contacto en la última semana a instalar en sus dispositivos una concreta aplicación móvil oficial nacional o autonómica que permita la geolocalización de personas que hubieran sido diagnosticadas y transmita los datos personales así recabados a dicha autoridad sanitaria. En este sentido, ha de tenerse en cuenta el contenido de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas. (24) Tal y como señaló el Comité Europeo de protección de Datos, en principio, los datos de localización de los usuarios de servicios telefónicos solo pueden ser utilizados por el operador «si han sido anonimizados o si se cuenta con el consentimiento de los interesados», de acuerdo con el artículo 5.3 de esta Directiva. (25)

No obstante, el artículo 15 de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas permite a los estados miembros introducir medidas legales para proteger la seguridad pública en supuestos excepcionales, siempre y cuando se cumplan con los principios mínimos o garantías a los que haremos referencia más adelante, entre ellos la limitación del tiempo de conservación de los datos personales (26). En el caso español, como se ha indicado en el apartado previo de este trabajo, la aplicación de esta norma excepcional fue necesaria, pero únicamente de forma limitada. Se optó por exigir a las empresas de comunicaciones datos de localización recogidos en el contexto de la prestación de sus servicios, pero anonimizados, que permitieran estudiar mediante técnicas de cartografía el movimiento global de la población y la concentración de dispositivos móviles en un lugar determinado, pero no se requirieron datos personales de esos usuarios. (27)

(24) Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (DOUE n.º 201, de 31 de julio de 2002).

(25) COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Declaración sobre el tratamiento de datos personales en el contexto del brote de COVID-19*, cit., p. 2.

(26) Este artículo 15 habla en términos muy estrictos de esta potestad estatal, que habrá de quedar limitada a supuestos en los que el tratamiento de datos personales constituya «una medida necesaria proporcionada y apropiada en una sociedad democrática para proteger la seguridad nacional (es decir, la seguridad del Estado), la defensa, la seguridad pública, o la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos».

(27) En estos casos, dado que la obligación de comunicación de los datos por parte de los operadores de telecomunicaciones se basó en un mandato legal, la base jurídica más adecuada para el tratamiento de datos es la necesidad de cumplir una misión de interés público, es decir, el artículo 6, apartado 1, letra e), del RGPD. Al no tratarse de datos personales, en realidad, su uso queda fuera del ámbito de aplicación del RGPD y no exige el consentimiento del interesado. Véase COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, «Directrices 04/2020 sobre el uso de datos de localización y herramientas de rastreo de contactos en el contexto de la pandemia de COVID-19», cit., p. 8. El artículo 27.2 del Real Decreto Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, señala que la finalidad del tratamiento es «el seguimiento y vigilancia epidemiológica del COVID-19 para prevenir y evitar situaciones excepcionales de especial gravedad, atendiendo a razones de interés público esencial en el ámbito específico de la salud pública», a lo que añade también «la protección de intereses vitales de

Por tanto, se adoptaron medidas que permitieron exigir por parte de las autoridades sanitarias a los operadores de servicios de telecomunicación la captación y transmisión de datos de localización, pero se procedió al tratamiento únicamente tras la efectiva anonimización. No se optó por exigir la geolocalización de determinadas personas ubicadas, por ejemplo, en una zona específica. (28)

Más allá de los meros datos de localización facilitados por los operadores de telecomunicaciones, debemos tener en cuenta una serie de cuestiones para calificar como lícito o no el tratamiento de datos personales realizado. En primer lugar, el RGPD parte de una realidad incuestionable: el derecho a la protección de datos es un derecho fundamental, pero no es un derecho absoluto, sino que ha de ponderarse con el resto de derechos e intereses en juego (29). Además, permite, en situaciones excepcionales –como puede ser, qué duda cabe, una pandemia mundial–, el tratamiento de datos personales –incluidos los datos especialmente sensibles– sin necesidad de contar con el consentimiento de las personas afectadas. Por tanto, la propia normativa contiene una ponderación de los intereses y derechos en liza para el bien común. Así se prevé en los artículos 6 y 9 del RGPD.

Esta última norma permite el tratamiento de datos cuando lo exijan motivos de interés público esencial en el ámbito de la salud pública [artículo 9, apartado 2, letra i)] o cuando sea necesario proteger intereses vitales del interesado o de otra u otras personas físicas [artículo 9, apartado 2, letra c)] (30). Además, la letra h) de este precepto hace referencia al tratamiento de datos que sea necesario para realizar un diagnóstico médico o la gestión de servicios de asistencia sanitaria y social. Tampoco puede olvidarse la referencia que la letra j) de este artículo hace al tratamiento que sea necesario para fines de investigación científica.

El Comité de Bioética de España ha recalcado la base jurídica prevista en la Disposición Adicional 17ª de la Ley Orgánica 3/2018, apartado b): las autoridades

los afectados y de otras personas físicas». Otros ejemplos son el registro de viajeros de la Consejería de Sanidad de la Xunta de Galicia, creado con la finalidad de poder tener identificados a quienes hayan estado durante los últimos catorce días en territorios con alta incidencia epidemiológica por COVID-19, tanto dentro como fuera de España, o la Orden 920/2020, de 28 de julio, de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, que regula la obligación de llevar un registro de clientes para locales de ocio. La finalidad última es tener datos de contacto para, si fuera necesario, poder notificar a los ciudadanos afectados que han podido estar expuestos a un caso positivo.

(28) De acuerdo con la AEPD, «Con una gestión cuidadosa, el acceso apropiadamente anonimizado a dicha información no debería de representar una amenaza mayor que la que ya representaban antes. (...) Por hacer un uso mayor de estos datos anonimizados, puede haber un riesgo mayor, pero no exponencialmente mayor». AEPD, *El uso de las tecnologías en la lucha contra el COVID19*, cit., p. 4.

(29) Véase VENTRELLA, E., “Privacy in emergency circumstances: data protection and the COVID-19 pandemic”, cit., p. 380.

(30) En particular, sobre la base jurídica de la protección de los intereses vitales del interesado u otras personas físicas, la AEPD indica que «por extensión supone que dichas personas físicas pueden ser incluso no identificadas o identificables; es decir, dicha base jurídica del tratamiento (el interés vital) puede ser suficiente para los tratamientos de datos personales dirigidos a proteger a todas aquellas personas susceptibles de ser contagiadas en la propagación de una epidemia, lo que justificaría, desde el punto de vista de tratamiento de datos personales, en la manera más amplia posible, las medidas adoptadas a dicho fin, incluso aunque se dirijan a proteger personas innominadas o en principio no identificadas o identificables, por cuanto los intereses vitales de dichas personas físicas habrán de ser salvaguardados, y ello es reconocido por la normativa de protección de datos personales». Sin embargo, esta afirmación debe casar con la exigencia de la necesidad del tratamiento, es decir, con la exigencia de que el tratamiento que se haga sea el imprescindible para alcanzar el fin permitido por esta base jurídica, y no vaya más allá.

sanitarias e instituciones públicas con competencias en vigilancia de la salud pública podrán llevar a cabo estudios científicos sin el consentimiento de los afectados en situaciones de excepcional relevancia y gravedad para la salud pública. Esta excepción al requisito general del consentimiento informado se completa en el apartado d) de esta norma, que exige la seudonimización de los datos empleados para la investigación –que no la anonimización, de ahí que sigan considerándose datos personales, pues la persona física no está identificada, pero sí es identificable y siga siendo de aplicación el régimen jurídico contenido en la normativa de datos personales– y el informe previo del comité de ética de la investigación previsto en la normativa sectorial. Se requiere una separación técnica y funcional entre el equipo investigador y quienes realicen la seudonimización, con un compromiso expreso de confidencialidad y de no realizar ninguna actividad de reidentificación (31). De ahí que, en palabras, del Comité de Bioética de España, lo relevante para el uso secundario de los datos de salud y las muestras biológicas «(...) no será tanto que el individuo haya otorgado su consentimiento previo para el nuevo fin al que pretenden destinarse los datos o que el dato esté estrictamente anonimizado, como que el origen de los datos sea legítimo, que su uso secundario revista un interés muy relevante para la salud de la colectividad y que se implementen garantías suficientes que impidan que terceros no legitimados puedan acceder a través del dato a la identidad del individuo, sin exigir necesariamente dicha estricta anonimización» (32).

Por su parte, el considerando 46 del RGPD se refiere expresamente al control de epidemias como base legitimadora del tratamiento de datos personales. Respecto al tratamiento para finalidades de investigación, sobre el que posteriormente volveremos, debe destacarse una importante advertencia: el considerando 159 del RGPD permite aplicar esta base jurídica del tratamiento a la científica que se desarrolla en el ámbito de la salud pública, incluida la «investigación financiada por el sector privado» (33). Circunstancia que, al ser una norma excepcional, nuevamente no será susceptible de interpretación amplia o extensiva.

En particular, la base legal específicamente aprobada durante la pandemia para ser aplicable al tratamiento de datos personales por las autoridades públicas sanitarias se encuentra contenida en el Real Decreto Ley 21/2020, de 9 de junio, sobre medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Su artículo 22 califica el COVID-19 como enfermedad de declaración obligatoria urgente, a efectos de lo previsto en el Real Decreto 2210/1995, por el que se crea la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica. Esta declaración permite establecer la obligación de facilitar a la autoridad de salud pública competente en cada territorio los datos personales necesarios para el seguimiento y la vigilancia epidemiológica que le sean requeridos.

(31) Por aplicación del artículo 58.2 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, este régimen se extiende al uso secundario de muestras biológicas en contexto de grave peligro para la salud pública.

(32) COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe sobre los requisitos ético-legales en la investigación con datos de salud y muestras biológicas en el marco de la pandemia de COVID-19*, cit., p. 18.

(33) El término «tratamiento de datos personales con fines de investigación científica», que, de acuerdo con el considerando 159 del RGPD, incluye, por ejemplo, «el desarrollo tecnológico y la demostración, la investigación fundamental, la investigación aplicada y la investigación financiada por el sector privado», así como «los estudios realizados para el interés público en el ámbito de la salud pública».

Por su parte, el artículo 27 del Real Decreto Ley establece que en todo caso se deberán respetar las previsiones contenidas en el RGPD. (34)

La suma de las bases jurídicas reguladas en estas normas permitiría, por ejemplo, el tratamiento por las autoridades sanitarias de datos personales de una persona contagiada para comunicar a los individuos con los que la primera tuvo contacto en una determinada horquilla temporal la circunstancia del contagio, con el objetivo de salvaguardar la salud de dichas personas (base jurídica del interés vital de la persona física cuyos datos personales son tratados) y, a su vez, de reducir las posibilidades de contagio del resto de la población, al permitir a esos sujetos que eviten contribuir a expandir la enfermedad a terceros (base jurídica del interés vital de terceros e interés público esencial o cualificado en el ámbito de la salud pública). El interés vital del afectado por la enfermedad del coronavirus o de un tercero, como base legitimadora del tratamiento permite que dicho tratamiento se dirija también a proteger a aquellas personas susceptibles de ser contagiadas por el virus (35).

III. PRINCIPIOS RECTORES DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

Como se ha advertido en el apartado previo, la aplicación de una de las bases jurídicas estudiadas, distintas del consentimiento del interesado, para reconocer la licitud del tratamiento de datos personales no impide la vigencia de los principios contenidos en el artículo 5 del RGPD. Estos rigen con independencia de cuál sea la base jurídica del tratamiento de datos y habrán de cumplirse por la persona responsable del tratamiento. De ahí que a la afirmación anteriormente expuesta relativa al carácter no absoluto o ilimitado del derecho fundamental a la protección debe sumarse la necesidad de hacer hincapié en que no toda medida que pueda adoptarse sobre tratamiento de datos personales para contener la crisis sanitaria está justificada si infringe las garantías o principios básicos de la normativa sobre protección de datos personales.

Es importante recalcar el valor bidireccional de las anteriores afirmaciones, tanto en supuestos en los que el tratamiento se basa en el consentimiento previo del interesado como cuando parte de otra base jurídica. Por tanto, todo tratamiento de datos personales realizado tras recabar el consentimiento del afectado también habrá de cumplir todos y cada uno de los principios aquí expuestos. A falta de implementación de alguno de ellos, por ejemplo, en una concreta aplicación des-

(34) Véase MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., «Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública», *cit.*

(35) Ello es conforme con el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986 de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, que prevé: «Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible». Véase RODRÍGUEZ AYUSO, J. F., «Protección de datos personales en el contexto de la Covid-19. Legitimación en el tratamiento de datos de salud por las Administraciones Públicas», *cit.*, p. 150.

cargada en su dispositivo móvil por un usuario, tras la correspondiente aceptación de las condiciones de uso y las políticas de privacidad, estaremos hablando de un tratamiento ilícito de sus datos personales. Así, por ejemplo, en el caso de algunas aplicaciones móviles que surgieron de forma casi instantánea desde el inicio del estado de alarma, en algunos casos de iniciativas ciudadanas, con el objetivo de creación de mapas y estadísticas de propagación de la COVID-19 a partir de datos –sobre salud y localización– proporcionados voluntariamente por sus usuarios o con la finalidad de ofrecer autodiagnósticos y consejos sobre la enfermedad. En este caso, el tratamiento de dichos datos no está conducido, filtrado o supervisado por las autoridades sanitarias. (36) De ahí la importancia de que los responsables del tratamiento den cumplimiento a los principios previstos en el RGPD y la necesidad de que el responsable del tratamiento se identifique con claridad y haga una referencia expresa al carácter voluntario de la aplicación. (37)

También han de aplicarse estas reglas en las aplicaciones oficiales nacionales o autonómicas de rastreo de contactos, de instalación y uso voluntario para la ciudadanía, que notifican el posible riesgo de contagio por contacto con usuario diagnosticado como positivo en COVID-19. (38) Téngase en cuenta que las autoridades sanitarias han subcontratado, en ocasiones, los servicios de entidades privadas –Telefónica, Amazon o Microsoft, entre otras– para el almacenamiento de datos y tareas de gestión y administración necesarias para el éxito del funcionamiento de este tipo de aplicaciones. Recuérdese que las bases jurídicas aquí estudiadas no permiten, en territorio europeo, que el Gobierno o el legislador de un Estado miembro imponga a sus ciudadanos la obligación de instalación y uso de alguna de estas aplicaciones, porque ello supondría una clara afectación de una serie de derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a la intimidad y el derecho

(36) El Consejo Europeo de Protección de Datos indicó que el uso de aplicaciones de rastreo de contactos debe ser siempre voluntario y no puede basarse en el rastreo de movimientos individuales, sino en información sobre la proximidad de los usuarios. Muchas de estas aplicaciones funcionan mediante tecnología *Bluetooth*, para detectar la presencia de usuarios cerca del dispositivo que está usando la aplicación, pero no envían a los usuarios datos identificativos de la persona diagnosticada como positiva en COVID-19, cerca de la cual hayan podido estar en una horquilla temporal. COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, «Directrices 04/2020 sobre el uso de datos de localización y herramientas de rastreo de contactos en el contexto de la pandemia de COVID 19», *cit.*, pp. 5 y 18.

(37) Entre ellos, el principio de exactitud y el de confidencialidad adquieren una relevancia capital, sobre todo cuando las aplicaciones no tienen fines tan altruistas como los que declaran o no han desarrollado suficientes garantías para la privacidad. Ello exige implementar políticas de control de la exactitud, actualización y confidencialidad, que eviten que los usuarios proporcionen datos falsos o que terceros no autorizados accedan a ellos. Cuando la cantidad y calidad de los datos es suficiente, estas aplicaciones podrán crear mapas de barrios con alto y con bajo nivel de infección, de alto valor en el mercado para el responsable del tratamiento y para terceros. De ello nos advierte la AEPD, «El uso de las tecnologías en la lucha contra el COVID19», *cit.*, p. 7. En relación con el principio de minimización, el Consejo Europeo de protección de Datos advirtió «las aplicaciones de rastreo de contactos no requieren un seguimiento de la ubicación de los usuarios a título individual; en su lugar, deben utilizarse datos de proximidad». COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, «Directrices 04/2020 sobre el uso de datos de localización y herramientas de rastreo de contactos en el contexto de la pandemia de COVID 19», *cit.*, p. 8.

(38) Véase la Orden del Ministerio de Sanidad SND/297/2020, de 27 de marzo, por la que se encomendó a la Secretaría de Estado de digitalización e inteligencia artificial del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital el desarrollo de diversas actuaciones para la gestión de la crisis sanitaria.

a la protección de datos personales. (39) El responsable del tratamiento ha de llamar la atención también en estos casos sobre el carácter voluntario del uso de la aplicación, sin que se pueda condicionar el acceso a ningún derecho garantizado por ley al uso efectivo de la aplicación. (40)

Entre los principios imperativos cabe destacar el citado principio de limitación de la finalidad, el principio de exactitud y el principio de minimización de datos. (41) Además, el artículo 9 RGPD y su considerando 4 exigen la proporcionalidad del tratamiento y la finalidad perseguida por este con otros derechos fundamentales e intereses implicados.

El primer principio enunciado exige que los datos sean recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos (en nuestro caso, como se ha señalado previamente, salvaguardar los intereses vitales de las personas físicas y del interés colectivo de la salud pública durante la crisis sanitaria), y no puedan ser tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines. Un uso que vaya más allá de los citados fines exigirá, para su licitud, una nueva declaración de consentimiento del interesado o la aplicación de una nueva base legal del tratamiento. Ello se complementa con el principio de minimización, que exige no solo que no se pueda dar un uso incompatible con el fin inicial, sino también que no se pueda realizar un tratamiento que vaya más allá de lo necesario para cumplir ese fin inicial. (42)

Eso sí, el propio artículo 5 del RGPD permite que se realice un tratamiento ulterior de los datos personales «con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos» (43). Se exige, por tanto, que los fines del estudio sean de interés para la salud pública, requisito que, en muchos de los proyectos actuales, puede perfectamente acreditarse (44). Este matiz adquiere una destacable relevancia en nuestro caso, pues permitirá a las autoridades públicas sanitarias conservar los datos tratados durante la pandemia para llevar

(39) Además, supondría un claro incumplimiento del principio de proporcionalidad en el tratamiento de datos personales, al existir otras medidas alternativas menos invasivas en la intimidad del individuo. En este sentido, véase WENDEHORST, C., “COVID-19 Apps and Data Protection”, *cit.*

(40) Para ambos tipos de aplicaciones móviles de rastreo, el Comité Europeo de protección de Datos aconsejó que se deba proceder a informar de manera automática a las personas que podrían haber estado expuestas al virus, sin identificar al sujeto confirmado como portador de la COVID-19 en dicha comunicación. Esta información ha de basarse en la proximidad a un usuario infectado en un intervalo de «x» días (determinado por la autoridad sanitaria) antes de la prueba de detección que haya dado positivo y durante un período «y» de tiempo, suficiente como para entender que ha existido contacto. Además, el uso de la aplicación no debe permitir que los usuarios obtengan información de otros usuarios, como, por ejemplo, información sobre si son o no portadores del virus. Véase COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, «Directrices 04/2020 sobre el uso de datos de localización y herramientas de rastreo de contactos en el contexto de la pandemia de COVID-19», *cit.*, pp. 14, 16 y 20.

(41) AEPD, *Informe 0017/2020, sobre los tratamientos de datos en relación con el COVID-19*, *cit.*, p. 7.

(42) De acuerdo con el Comité Europeo, el cumplimiento efectivo de este principio implica la obligación del responsable del tratamiento de informar a los interesados de la concreta finalidad o finalidades del tratamiento, de forma fácilmente accesible y utilizando para ello un lenguaje claro y sencillo, que permita su comprensión por el afectado por el tratamiento. COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Declaración sobre el tratamiento de datos personales en el contexto del brote de COVID-19*, *cit.*, p. 2.

(43) Además, esta norma indica que «el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de [...] investigación científica [...] no se considerará incompatible con los fines iniciales».

(44) COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe sobre los requisitos ético-legales en la investigación con datos de salud y muestras biológicas en el marco de la pandemia de COVID-19*, *cit.*, p. 16.

a cabo estas tareas de interés público-científico, como puede ser, por ejemplo, para mejorar la composición y combatir las reacciones o estudiar mejoras en la administración de las actuales y futuras vacunas y crear protocolos de actuación frente a potenciales nuevas olas de la enfermedad o frente a ulteriores pandemias. De ahí la importancia de identificar con precisión la finalidad de investigación perseguida, debiendo procurar una interpretación no extensiva, pues no se puede olvidar que, en la mayoría de supuestos, estaremos ante un tratamiento de datos personales realizado con una base jurídica distinta del consentimiento expreso del interesado. Además, no puede perderse de vista la advertencia contenida en el citado considerando 159 RGPD, acerca de la subsunción de la investigación financiada con cargo a fondos privados dentro de la figura de la investigación científica, para la que el artículo 5 RGPD permite el tratamiento y la conservación de los datos personales inicialmente recabados, en nuestro caso, para la finalidad de la gestión de la crisis sanitaria.

En paralelo, el citado principio de proporcionalidad exige evaluar las medidas de tratamiento de datos personales que se pretenden diseñar para dar cumplimiento a la concreta finalidad del tratamiento proyectado, debiendo implementar medidas técnicas y organizativas destinadas a minimizar el tratamiento de datos personales. Todo ello, con el objetivo de que el tratamiento realizado sea proporcional al fin legítimo perseguido.

El principio de minimización de datos exige que los datos tratados habrán de ser adecuados, pertinentes y exclusivamente los limitados a los necesarios para la finalidad pretendida (el control de la epidemia, incluida la gestión de la vacunación, en este caso, con las subfinalidades que puedan deducirse de estas, como puede ser el análisis de la evolución de la persona infectada y su entorno o la citación para la administración de las correspondientes dosis de la vacuna y seguimiento de posibles reacciones), sin que se pueda extender dicho tratamiento a cualesquiera otros datos personales no estrictamente necesarios para dicha finalidad. Esto es especialmente aplicable en los casos en los que el concreto tratamiento se realice utilizando dispositivos o técnicas que ofrezcan la posibilidad de grabar y conservar los datos o tratar información adicional, como puede ser información biométrica que no sea estrictamente necesaria, sino un añadido para el cumplimiento de la finalidad inicial. (45)

Si pensamos, por ejemplo, en las aplicaciones voluntarias de rastreo de contactos contagiados a las que se hizo referencia anteriormente debemos concluir que el principio de minimización de datos impide que la aplicación recoja información que no tenga relación con la finalidad perseguida por el tratamiento, como puede ser su estado civil, los mensajes recibidos o enviados o el registro de llamadas, así como los elementos del directorio del equipo en el que se instaló dicha aplicación, entre otros. Por su parte, el principio de limitación de la finalidad del tratamiento exigirá que las aplicaciones solamente tengan como objetivo rastrear contactos, de tal modo que las personas que puedan estar expuestas al virus sean alertadas y reciban asistencia, sin que pueda servir para controlar el cumplimiento de medidas de

(45) Así lo advirtió expresamente la AEPD en su Comunicado de 30 de abril de 2020, en relación con la toma de temperatura por parte de comercios, centros de trabajo y otros establecimientos, accesible en la siguiente URL: <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/comunicado-aepd-temperatura-establecimientos> (último acceso: 6 de mayo de 2021).

cuarentena o de confinamiento y/o de distanciamiento social, ni extraerse conclusiones sobre la ubicación de los usuarios basadas en su interacción. (46)

Esta regla va de la mano del principio de limitación del plazo de conservación, que exige que los datos sean mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales. De acuerdo con el Comité Europeo de Protección de Datos, el cumplimiento efectivo de este principio implica la obligación del responsable del tratamiento de informar a los interesados del período de conservación de los datos recogidos (47). El término final es complejo de predecir, pero se ha visto que, en todo caso, ha de superar la horquilla temporal que dure la declaración del estado de alarma. Transcurrido ese período imprescindible, el responsable solamente podrá conservarlos si procede a su anonimización. En caso contrario, habrá de borrarlos. Ello con la misma excepción que acaba de señalarse: la posibilidad de que el responsable conserve los datos personales –sin necesidad de anonimización, pero sí de seudonimización– durante períodos más largos exclusivamente para fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos.

Por su parte, el principio de exactitud exige que los equipos de medición o diagnóstico empleados y el personal que realice el tratamiento, así como los criterios e intervalos de tiempo de toma de datos personales y tratamiento posterior sean los adecuados para registrar los datos con fiabilidad y precisión. Además, se exige el mantenimiento o actualización de los datos, implementando las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan. Se busca evitar el impacto negativo que sobre las personas interesadas tendría un tratamiento errado de sus datos personales, provocado por un mal desarrollo de la recogida o un fallo en el propio tratamiento o por falta de actualización posterior. Pensemos, por ejemplo, en un fallo en el sistema de almacenamiento de datos que conlleve el envío de diversos mensajes contradictorios a los teléfonos de los ciudadanos que hayan sido citados para la vacunación o el error en el cómputo del número de dosis administradas a cada uno o en el desarrollo o no de reacciones adversas que recomienden la paralización o retraso en la administración de las siguientes dosis o el cambio del suero a administrar.

Como regla de cierre, todo tratamiento ha de cumplir el principio de integridad y confidencialidad, garantizando la seguridad adecuada de los datos personales, lo que pasa por incluir protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito e implementar políticas de confidencialidad que impidan la comunicación a terceros. Dicha comunicación, en caso de existir, ha de contar con el consentimiento del sujeto afectado por el tratamiento para ser lícita. Para el cumplimiento de este principio, el Comité Europeo de Protección de Datos exige a las autoridades públicas

(46) COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Directrices 04/2020 sobre el uso de datos de localización y herramientas de rastreo de contactos en el contexto de la pandemia de COVID 19*, cit., p. 16.

(47) COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Declaración sobre el tratamiento de datos personales en el contexto del brote de COVID-19*, cit., p. 2. La autoridad europea recuerda la importancia de fijar los períodos de conservación proporcionales, teniendo en cuenta su longitud y su propósito.

sanitarias documentar adecuadamente las medidas aplicadas para gestionar la situación de emergencia actual y el proceso de toma de decisiones subyacente. (48)

IV. EN PARTICULAR, ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS APLICACIONES DE RASTREO

Como se ha indicado previamente, aquellas aplicaciones móviles que realicen tratamiento de datos personales gestionadas por entidades privadas sin mandato de autoridad pública no podrán ser beneficiarias de ninguna de las bases legales especiales del tratamiento anteriormente estudiadas, por lo que, para ser lícito dicho tratamiento, el responsable habrá de contar con el consentimiento del usuario cuyos datos personales vayan a ser tratados. Esta afirmación también será extensible a las aplicaciones creadas por autoridades públicas sanitarias o terceros contratados por estas y cuyo uso y descarga tenga un carácter voluntario para el ciudadano, complementario al rastreo manual individualizado implementado por la autoridad sanitaria en caso de diagnóstico positivo en COVID-19. Los principios generales estudiados son aplicables a este supuesto, debiendo el responsable del tratamiento acatar las consecuencias de la aplicación de la normativa de protección de datos, que habrá de ser tenida en cuenta desde las fases iniciales de diseño de la aplicación en cuestión (49).

Especial relevancia adquieren el principio de minimización del uso de datos – que limita el uso de los datos al mínimo necesario o imprescindible para cumplir la concreta finalidad del tratamiento– y el principio de limitación temporal del tratamiento o conservación de estos datos –que exige que no se conserven los datos personales por más tiempo del necesario para el cumplimiento de esa finalidad, debiendo proceder al borrado o a la efectiva anonimización transcurrido ese período–. En ocasiones, las técnicas de anonimización empleadas dejan mucho que desear, lo que se traduce en un incumplimiento recurrente de este principio legal (50).

Asimismo, han de analizarse las características del consentimiento otorgado por el interesado para el tratamiento de sus datos personales. La primera obligación a cumplir por el responsable del tratamiento, como ya se ha indicado, es la información acerca del carácter voluntario de la aplicación móvil y, por ello, del consentimiento del interesado. Dicho consentimiento habrá de cumplir las condi-

(48) *Idem*, p. 2.

(49) Con todo, algunas de estas aplicaciones han sido diseñadas siguiendo un modelo descentralizado de almacenamiento de datos, en el que los datos sobre personas expuestas al riesgo de contagio por haber estado en contacto con una persona diagnosticada como positivo en COVID-19 no pasan por un servidor, sino que permanecen en el teléfono móvil del usuario, tras un proceso de encriptación, en la mayoría de los casos. Estos supuestos plantean muchos menos problemas desde el punto de vista de la normativa de protección de datos personales, pues permiten el borrado de datos con la mera desinstalación de la aplicación. Siguiendo el símil empleado por WENDEHORST, puede compararse el almacenamiento del mensaje de aviso de la aplicación con el almacenamiento en el disco duro de un dispositivo de un documento Word en el que esté escrito «Puede que sea positivo en Covid-19». WENDEHORST, C., “COVID-19 Apps and Data Protection”, en *Coronavirus and the Law in Europe*, *cit.*

(50) Véase BRADFORD, L., ABOY, M. & LIDDELL, K., “COVID-19 contact tracing apps: a stress test for privacy, the GDPR, and data protection regimes”, *cit.* p. 7.

ciones de ser libre, específico e informado, en el sentido de los artículos 4.11, 6.1.a y 7 del RGPD. Por tanto, debe ser una manifestación de voluntad no viciada, referida a uno o varios fines identificados previamente por el responsable del tratamiento utilizando un lenguaje claro y sencillo, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, pero en todo caso ha de tratarse de un consentimiento inequívoco.

La información previamente aportada por el responsable habrá de cubrir asimismo, de acuerdo con el artículo 13 del RGPD, la identidad y los datos de contacto del responsable y, en su caso, de su representante, los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales, en su caso, y el plazo durante el cual se conservarán los datos personales o, cuando no sea posible, los criterios utilizados para determinar este plazo, debiendo cumplir el principio de limitación del tiempo de conservación, que ha sido estudiado en el anterior apartado de este trabajo. Además, el responsable debe informar previamente al interesado de su derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento con la misma facilidad con la que otorgó ese consentimiento (artículo 7.3 del RGPD), así como información sobre la existencia del derecho a solicitar al responsable del tratamiento el acceso a los datos personales relativos al interesado y su rectificación, supresión o limitación de su tratamiento, así como el derecho a oponerse al tratamiento y el derecho a la portabilidad de los datos. Eso sí, la retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento realizado hasta ese momento, basada en el consentimiento previo a su retirada. Precisamente, este derecho de retirada del consentimiento, que en ningún caso queda limitado durante la vigencia de la crisis sanitaria, convierte en poco fiable el tratamiento de datos personales que pueda realizar la aplicación en cuestión, dada la volatilidad de la manifestación de voluntad así prestada y retirada.

La aplicación móvil de alerta de contagios del virus con mayor recorrido en nuestro país, Radar Covid, utiliza tecnología *Bluetooth Low Energy* y fue desarrollada por el Gobierno de España y, en particular, por la Secretaría General de Administración Digital, dependiente de la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, que es el sujeto responsable del tratamiento.⁽⁵¹⁾ Como se ha indicado, el tratamiento de datos personales derivado del uso de esta aplicación exige el consentimiento del interesado, que tendrá para ello que descargar la aplicación y aceptar las condiciones de uso.

El usuario de Radar Covid recibirá una notificación en caso de que en los 14 días anteriores haya estado expuesto a contacto con otro usuario de la aplicación positivo en COVID-19, durante más de 15 minutos y con una distancia inferior a dos metros. La aplicación únicamente informa del día en el que se produjo la expo-

(51) En otros países también se optó por desarrollar aplicaciones que emplean la tecnología *Bluetooth*. Así, por ejemplo, *Corona-Warn-App* en Alemania, *Stopp-CoronaApp* en Austria, *StopCovid* en Francia y *ProteGo* en Polonia. Véase BRADFORD, L., ABOY, M. & LIDDELL, K., "COVID-19 contact tracing apps: a stress test for privacy, the GDPR, and data protection regimes", *cit.* p. 3. Sobre los tipos de tecnología disponibles en la actualidad: geolocalización no anonimizada, geolocalización anonimizada y *Bluetooth*, véase SCHNEBLE, C. O., ELGER, B. S. & SHAW, D. M., "Data protection during the coronavirus crisis", *cit.*, p. 1; y COMITÉ EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, «Directrices 04/2020 sobre el uso de datos de localización y herramientas de rastreo de contactos en el contexto de la pandemia de COVID 19», *cit.*, pp. 5 y 18.

sición al virus, pero no de la identidad del usuario positivo, ni del usuario que resultó expuesto, ni identifica los dispositivos de los usuarios, ni transmite datos sobre el momento o lugar en que la exposición se haya producido. La aplicación no solicita ni almacena datos de carácter personal de los usuarios, tal y como se desprende de su política de privacidad (52). Recibida la notificación sobre la alerta de posible contagio, la aplicación facilitará al usuario expuesto información para la adopción de medidas preventivas y asistenciales.

Otra de las aplicaciones móviles más destacadas, en este caso de carácter autonómico, es Coronamadrid, una de las pioneras de nuestro país. Es la aplicación móvil oficial de la Comunidad de Madrid y en su política de datos figura como responsable del tratamiento la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad. La finalidad de Coronamadrid es muy diferente a la señalada anteriormente para Radar Covid. En este caso se busca realizar la autoevaluación diaria del usuario sobre la base de los síntomas médicos que comunique a la aplicación e integrar sus datos en los sistemas públicos de gestión de historias clínicas de la Comunidad de Madrid con la finalidad de prestar la adecuada asistencia sanitaria. Además, se prevé, tras su anonimización, el uso de los datos con fines estadísticos, de investigación biomédica, científica o histórica y para archivo en interés público.

A diferencia de la aplicación nacional, esta aplicación autonómica sí hace tratamiento de datos personales. En particular, nombre y apellidos, número de teléfono, DNI, fecha de nacimiento, dirección postal completa, género, datos de la salud relacionados con los síntomas del virus y, de manera opcional, geolocalización. Cuesta entender que el principio de minimización del uso de datos se cumpla con el tratamiento del dato del género, si bien la autoridad sanitaria, con mejor criterio que la autora de este trabajo, pueda argumentar que, al igual que la fecha de nacimiento, este dato puede permitir ponderar síntomas y determinar si se trata de un grupo de riesgo. En cuanto a la geolocalización (localización vía GPS del teléfono móvil del usuario), se indica que, en caso de consentimiento, solamente se utilizará este dato a la hora de registrarte y para realizar las autoevaluaciones del

(52) DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, J. L., «La necesaria protección de las categorías especiales de datos personales. Una reflexión sobre los datos relativos a la salud como axioma imprescindible para alcanzar el anhelado desarrollo tecnológico frente al Covid-19», *Revista de Comunicación y Salud*, 2020, Vol. 10, n.º 2, p. 619. La tecnología en la que se basa esta aplicación permite crear identificadores efímeros *Bluetooth* por cada teléfono cada 10-20 minutos, que se transmiten a dispositivos cercanos en los que se haya descargado la aplicación y tengan activado el *Bluetooth*, sin que contengan información que pueda identificar al teléfono ni al usuario del mismo. Una vez el usuario recibe un diagnóstico positivo por COVID-19, se abre la posibilidad de introducir voluntariamente en la aplicación el «código de confirmación de un solo uso» facilitado por el Servicio Público de Salud y se le solicitará su consentimiento para remitir al servidor las últimas claves de exposición temporal almacenadas en el teléfono, con el objetivo de componer un listado diario de claves de exposición temporal de personas contagiadas por COVID-19. Por tanto, solamente si el usuario emplea la función de comunicar un diagnóstico positivo tras someterse a la preceptiva prueba se consigue maximizar la eficacia de esta aplicación. La aplicación descarga periódicamente esas claves de exposición temporal compartidas, para compararlas con los códigos registrados en los días anteriores como resultado de contactos con otros usuarios. Si se encuentra una coincidencia, la aplicación ejecuta un algoritmo que, en función de la duración y la distancia estimada del contacto, evalúa el riesgo de exposición al virus y, en su caso, muestra una notificación advirtiendo del contacto de riesgo al usuario e invitándolo a auto-confiarse y contactar con las autoridades sanitarias.

usuario (53). El objetivo, conforme a la política de privacidad de la aplicación, es «garantizar la calidad de los datos y su análisis epidemiológico y así poder entender la distribución de los síntomas con datos lo más fiables posibles», pero no está claro el efectivo cumplimiento del principio de minimización del uso de datos. En el apartado de preguntas frecuentes se señala que la recogida de «información poblacional [...] puede ayudar a las autoridades a la adopción de medidas o diferentes protocolos en el marco de la crisis surgida con el COVID-19». Por tanto, no se prevé un uso por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a efectos sancionatorios o de vigilancia del cumplimiento de las medidas de confinamiento, ni otros tipos de usos secundarios, lo cual es acorde con el principio de minimización del uso de datos personales. Asimismo, el responsable del tratamiento de datos se compromete a garantizar el máximo nivel de protección en el acceso que los terceros puedan tener a los datos, estableciendo las correspondientes medidas de aseguramiento de la confidencialidad.

En cuanto al principio de limitación del tiempo de uso de los datos personales, en la política de privacidad actualmente se indica que Coronamadrid solamente conservará los datos «durante el período que dure la situación de emergencia sanitaria» (54). A la vista de la lenta evolución de la crisis sanitaria, se ha corregido la anterior mención prevista en este apartado, vigente durante 2020, que señalaba «el plazo de conservación será de un máximo de dos años, todo ello de conformidad con los principios legales de tratamiento de datos, en particular el de minimización de datos».

V. TUTELA DE LA BASE DE DATOS POR UN DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL MUY ESPECIAL: EL DERECHO SUI GENERIS

Antes de concluir, es importante destacar las voluminosas inversiones que están detrás de la constitución de las muchas bases de datos que han proliferado durante la crisis sanitaria y cuyo régimen jurídico referido a la protección de datos personales ha sido estudiado en este trabajo. Inversiones públicas, en unos casos, y privadas, en otros. Ambos tipos pueden ser tutelados por un derecho específico de propiedad intelectual: el llamado derecho *sui generis*. Su propio nombre indica que, dentro del conjunto de derechos de propiedad intelectual, se trata de una *rara avis*. La razón de ser de esta tutela es antagónica al objeto tradicionalmente protegido por el derecho de autor. Mientras que el derecho de autor tutela la originalidad del autor plasmada en la confección de una obra, el derecho *sui generis* protege aquellas bases de datos en las que el fabricante hubiera invertido una cantidad sustancial.

Si bien, por motivos de longitud de este trabajo, no podemos extendernos en el análisis de esta especial forma de protección de las bases de datos, han de hacerse

(53) En el apartado «Condiciones de uso» se aclara: «La aplicación no recoge información continua de localización de los usuarios, ni rastrea su localización, ni tampoco realiza *geofencing* para determinar si el ciudadano se encuentra en su domicilio».

(54) Seguidamente se indica: «En el momento en que finalice el periodo de conservación de tus datos, estos serán anonimizados y/o bloqueados conforme a los requisitos establecidos en la normativa aplicable».

varias indicaciones relevantes. La primera se refiere a la aptitud para la tutela por el derecho *sui generis* de la mayoría de bases de datos creadas durante la pandemia como consecuencia del funcionamiento de las aplicaciones móviles estudiadas en apartados previos de este trabajo o de la implementación de los sistemas de rastreo manual de posibles contactos con personas contagiadas, entre otras. En todos estos casos no cabe ninguna duda de que la inversión destinada al tratamiento de los datos personales albergados en ellas ha sido sustancial y, por ello, merecedora de tutela.

En segundo lugar, ha de destacarse la identidad del sujeto titular del derecho: la persona pública o privada que realizó la inversión. Este derecho, como cualquier otra facultad de un derecho de propiedad intelectual, es, por definición, susceptible de transmisión, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, durante los 15 años que dura. De ahí la relevancia que pueda tener, siempre que la efectiva transmisión del derecho case con la normativa de protección de datos personales, para que quienes realizaron importantes inversiones en la fabricación de estas bases de datos puedan ver amortizadas dichas cuantías (55).

VI. ALGUNAS CONCLUSIONES

En este estudio se ha tratado de exponer una serie de reflexiones de corte general sobre la afectación del derecho fundamental a la protección de datos personales durante la crisis sanitaria provocada por el COVID-19. En paralelo, se han analizado casos concretos de tratamiento de datos personales referidos a la salud de las personas llevados a cabo en los últimos meses. Sin embargo, en la fecha de cierre de este trabajo es difícil predecir el momento en el que volveremos a la normalidad y las indicaciones aquí realizadas acerca de los matices en la aplicación del régimen de tutela de los datos personales dejarán de tener vigencia. También es complicado augurar si las lecciones aprendidas durante la crisis sanitaria conducirán a nuestros legisladores a regular nuevas reglas excepcionales o si considerarán, por el contrario, que las actuales pueden ser suficientes en potenciales nuevas pandemias. En todo caso, de decidir regular una regla nueva, el éxito de esta pasará por su carácter comunitario, no siendo plausible una norma especial nacional en un ámbito –el de la protección de los datos personales– que se ha convertido en una seña de identidad europea.

Tras identificar las bases legales del tratamiento, distintas del consentimiento del interesado y referidas al interés general de la salud pública, se han expuesto los límites infranqueables que todo tratamiento –basado o no en el consentimiento del interesado y permitido o no por un interés general tan relevante como la salud colectiva– debe cumplir. La situación de crisis sanitaria sirve para dar pie a un volumen importante de tratamientos de datos necesarios para la gestión de la pandemia, pero no puede ser entendida como una carta blanca que permita cualquier tipo de tratamiento extensivo y por tiempo excesivo de los datos personales de la ciudadanía. Ello, tanto en tratamientos llevados a cabo por las autoridades públicas

(55) Para un análisis detallado de las implicaciones prácticas del derecho *sui generis*, véase MINERO ALEJANDRE, G., *La protección jurídica de las bases de datos en el ordenamiento europeo*, Tecnos, 2014.

sanitarias –o por terceros a los que se les hubiera encomendado este mandato, incluidas entidades privadas–, como los realizados por empresarios.

A modo de conclusión, puede afirmarse que no es cierto que la regulación sobre protección de datos personales haya supuesto un obstáculo o un elemento de obstrucción a la implementación de tratamientos de datos personales necesarios para la adopción de medidas eficaces frente al COVID-19. No cabe hablar de un enfrentamiento entre salud pública y protección de datos, sino de dos piezas fundamentales que han de convivir en situaciones de pandemia. Además, este estudio busca llamar la atención sobre la sinrazón de algunas de las feroces críticas vertidas durante los meses de pandemia acerca del incumplimiento total de la normativa de protección de datos personales por las decisiones tomadas por las autoridades sanitarias españolas o autonómicas. En particular, en materia de investigación científica, como uso secundario de los datos personales recabados durante la gestión de la crisis sanitaria, es especialmente importante tratar de conciliar la urgencia que permita alcanzar con más eficacia resultados de la investigación que nos permitan combatir esta pandemia y epidemias futuras y la necesidad de desarrollar una investigación rigurosa, tanto en sus parámetros científicos como jurídico-éticos.

Sirva este trabajo para reiterar la importancia del compromiso europeo y nacional con el derecho fundamental a la protección de datos y para recordar que toda medida que excepcionalmente se adopte en materia de protección de datos durante la crisis sanitaria ha de ser, por definición, temporal. Esta afirmación permite hacer una advertencia sobre la necesidad de mejora de las técnicas de anonimización actualmente existentes, como alternativa al borrado de datos muy valiosos, en particular, en nuestro caso, con enorme valor para la investigación científica y la gestión sanitaria de potenciales pandemias futuras. Terminada la situación excepcional, el cuerpo normativo estudiado, que impone el consentimiento del interesado como base de la legalidad del tratamiento, ha de volver a aplicarse en su integridad, recuperando los ciudadanos interesados la normalidad del ejercicio de este derecho fundamental.

Como nota de cierre, también deben destacarse los enormes beneficios que para la gestión de la pandemia y para el interés colectivo de la salud pública, en general, han traído algunas de las medidas de tratamiento de datos personales –y, en particular, datos relativos a la salud– implementadas por las autoridades públicas sanitarias en los últimos meses. Entre ellas, puede destacarse el requerimiento del Gobierno español a los teleoperadores de comunicaciones para detectar movimientos de población. De la ponderación realizada en este trabajo puede destacarse que, en un país en el que la normativa europea exige unos principios generales de privacidad que se han exigido y cumplido, con carácter general, esta medida ha traído más beneficios que contraindicaciones, resultando su aplicación equilibrada si se tienen en cuenta los diferentes derechos e intereses en juego.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BRADFORD, L., ABOY, M. & LIDDELL, K., “COVID-19 contact tracing apps: a stress test for privacy, the GDPR, and data protection regimes”, *Journal of Law and the Biosciences*, Volume 7, Issue 1, January-December 2020.

- COSTA, G., PERIS BRINES, N. & CERVERA NAVAS, L., «La protección de datos en un verano con sombrero y mascarilla», *La Ley privacidad*, n.º 5, 2020.
- DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, J. L., «La necesaria protección de las categorías especiales de datos personales. Una reflexión sobre los datos relativos a la salud como axioma imprescindible para alcanzar el anhelado desarrollo tecnológico frente al Covid-19», *Revista de Comunicación y Salud*, 2020, Vol. 10, n.º 2.
- FRÍAS MARTÍNEZ, E., «Covid-19. Medidas limitativas de derechos. «Arcas de Noé». Mención a la protección de datos personales. Herramientas de geolocalización», *Diario La Ley*, n.º 9619, 2020.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «La Constitución y el derecho a la autodeterminación informativa», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 19-20, 2003, p. 27 y ss.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., «Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública», *Diario La Ley*, n.º 9604, 2020.
- NAVAL PARRA, M. C., «La protección de datos personales en la lucha contra la propagación del Coronavirus», *Diario La Ley*, n.º 638, 2020.
- ORTEGA GIMÉNEZ, A., «COVID-19: un desafío para la protección de datos de carácter personal», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º Extra 12, 2, 2020, pp. 860-867.
- PINAR MAÑAS, J. L., «Día Europeo de Protección de Datos: las lecciones de la pandemia», página web de la Abogacía Española, <https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/dia-europeo-de-proteccion-de-datos-las-lecciones-de-la-pandemia/>
- RODRÍGUEZ AYUSO, J. F., «Protección de datos personales en el contexto de la COVID-19. Legitimación en el tratamiento de datos de salud por las Administraciones Públicas», *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º Extra 3, 2020, pp. 137-152.
- RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B., «Tratamiento de datos personales en la lucha contra la pandemia por la COVID-19. Las medidas de excepción y principio de proporcionalidad», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 209, 2020, pp. 317-356.
- SCHNEBLE, C. O., ELGER, B. S. & SHAW, D. M., “Data protection during the coronavirus crisis”, *EMBO Reports*, Volume 21, Issue 9, September 2020.
- TRONCOSO REIGADA, A., «Los tratamientos de datos personales para fines de salud pública y el derecho a la protección de datos personales en tiempos del COVID-19», en *Retos jurídicos ante la crisis del COVID-19*, coord. por RODRÍGUEZ AYUSO, J. F. & ATIENZA MACÍAS, E., 2020, pp. 553-601.
- VENTRELLA, E., “Privacy in emergency circumstances: data protection and the COVID-19 pandemic”, *ERA Forum*, 21, 2020, pp. 379-393.
- WENDEHORST, C., “COVID-19 Apps and Data Protection”, en *Coronavirus and the Law in Europe*, <https://www.intersentiaonline.com/publication/coronavirus-and-the-law-in-europe/10>

El Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid es una publicación anual de carácter jurídico-científico y ámbito pluridisciplinar. En ocasiones singulares, el Anuario también publica números extraordinarios como el presente, de 2021. Dada la magnitud de la pandemia de COVID 19 sufrida en 2020 y 2021, el Consejo de Redacción del Anuario consideró oportuno un análisis pluridisciplinar de las diversas transformaciones producidas en el Derecho y la política a raíz de la pandemia. La obra se publica en tres tomos. El primero se refiere al Derecho público; el segundo, al Derecho privado; y el tercero, a la Ciencia política.

Para más información sobre el Anuario puede consultarse: <http://www.uam.es/otros/afduam>

