



ECIJA

Abril 2020

Exención o
renegociación
contractual
ante **COVID-19**:
perspectiva
internacional

Informe

www.ecija.com

1. Fuerza mayor en España

La evolución del COVID-19 está teniendo un considerable impacto en el tráfico comercial y contractual. Afecta, fundamentalmente, al cumplimiento y al disfrute de las prestaciones contratadas por las distintas partes de un contrato, ya sean empresas o particulares, al igual que puede afectar a la resolución anticipada del propio contrato.

La casuística que puede presentarse es muy compleja, no solo porque el escenario ha variado notablemente desde que comenzaran los primeros efectos producidos por el coronavirus en España hasta la declaración del estado de alarma, **sino por las múltiples posiciones jurídicas que han de contemplarse, tales como parte incumplida, parte incumplidora, cobertura de seguros, restricciones legales al cumplimiento**, y una infinidad de aspectos. En concreto, a raíz de la publicación del Real Decreto Legislativo 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, y el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo y toda la proliferante normativa concordante. **En virtud de lo anterior, en estos momentos, resulta prácticamente imposible determinar con exactitud cuáles serán las modificaciones y restricciones aplicables a futuro.**

En estas circunstancias, **el concepto de fuerza mayor y otros conceptos jurídicos** similares han adquirido especial importancia.

En el sistema normativo español, la jurisprudencia y la doctrina describen el concepto de fuerza mayor como **“un acontecimiento extraordinario que se desata desde el exterior, imprevisible, que no hubiera sido posible evitar aun aplicando la mayor diligencia y por ende no fuera imputable a ninguna de las partes”**.

Tradicionalmente, se ha venido estudiando la concomitancia del concepto de fuerza mayor, de manera conjunta con el denominado concepto de “caso fortuito”. En concreto, ambos quedan definidos como “sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”, y sujetos a lo dispuesto en el art. 1105 del Código Civil (“CC”). Dicho artículo no responde exactamente ni establece las consecuencias jurídicas que pudieran derivarse de la aplicación de tal concepto, sino que solo establece que “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que previstos fueran inevitables”.

No obstante, la doctrina jurisprudencial recoge la distinción entre el concepto de fuerza mayor y el de caso fortuito, en base a dos criterios: **el subjetivo y el objetivo**. De un lado, desde la perspectiva objetiva, en el caso de fuerza mayor, en la imprevisión y la inevitabilidad, mientras que, en el caso fortuito se establece lo contrario: la previsión y la evitación. Desde una perspectiva subjetiva la fuerza mayor se origina fuera de la esfera de control de las partes -por ejemplo, un desastre natural- mientras que un acontecimiento fortuito está dentro de esa esfera de control.

El Tribunal Supremo ha venido exigiendo como requisitos que han de concurrir para apreciar fuerza mayor, que el hecho sea, además de imprevisible, inevitable o irresistible, independiente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, no imputable a las mismas, y cuyo resultado es la imposibilidad de cumplimiento de alguna o todas las partes del contrato.

El requisito de la imprevisibilidad se entiende como aquel acto no premeditado ni esperado. La inevitabilidad atiende a la incapacidad para impedir que el acontecimiento se produzca o para impedir que se materialicen sus consecuencias



dañosas para cualquiera de las partes. En cualquier caso, ni la imprevisibilidad ni el propio acto de evitar el suceso se exigen con carácter absoluto y rigorista. La aplicación de ambos requisitos exige tener en cuenta las circunstancias concurrentes de cada situación, así como los medios y la capacidad de reacción del sujeto para hacer frente a sus obligaciones.

En consecuencia, todo hace presagiar que la pandemia denominada COVID-19, al significar un supuesto imprevisible e independiente de la voluntad de las partes, **podrá considerarse un caso de fuerza mayor**, si bien tal afirmación no es un absoluto. Por tanto, habrá que examinar caso por caso y analizar si, a causa de este evento, el obligado a cumplir no pudo hacerlo bajo ninguna circunstancia y ello, precisamente, será el régimen que determinará la responsabilidad que derive.

En estos momentos resulta prematuro aventurar cómo será el proceso de depuración de responsabilidades, y cuál será la tendencia que acogerán los distintos órganos judiciales, dado que todavía se desconoce la evolución de la pandemia y las medidas excepcionales que, previsiblemente, adoptarán las instituciones al objeto de tratar de paliar los efectos económicos provocados por esta.

Cierto es que la fuerza mayor será un tema a tratar durante las próximas semanas y meses en la mayoría de las relaciones contractuales. En muchos casos, los contratos incluyen una cláusula de fuerza mayor, en la que las partes pueden basarse cuando se produce una situación que altera drásticamente el equilibrio contractual inicial, impidiendo el cumplimiento por las partes de sus obligaciones en virtud del mismo. Esto puede dar lugar a la suspensión del acuerdo durante el tiempo en que las partes no pueden cumplirlo por razones externas o a la terminación del acuerdo sin responsabilidad para una de las partes.

Aunque pueda parecer que el art. 1105 CC, leído junto con la jurisprudencia que lo interpreta, libera a la parte de su obligación de cumplir, realmente libera a la parte que no cumple de la responsabilidad por el incumplimiento, es decir, de la obligación de pagar daños y perjuicios a la parte afectada.

De hecho, el art. 1105 CC no dice expresamente que el deudor ya no esté obligado a cumplir. Por el contrario, la doctrina científica española ha interpretado dicho artículo en el sentido de que, en caso de producirse un evento de fuerza mayor, la parte cumplidora se ve impedida de reclamar efectivamente los daños y perjuicios contra el deudor por el incumplimiento -lo que puede incluir la suspensión de la obligación-, pero en ningún caso libera a dicha parte para siempre de su obligación de cumplir plenamente con el acuerdo. **En consecuencia, cada acuerdo debe examinarse atentamente prestando atención a sus circunstancias específicas.**

Por lo tanto, no es aconsejable reivindicar una única aplicación universal de la doctrina de la fuerza mayor en este tipo de casos, y mucho menos desde una perspectiva internacional. A nivel global, el derecho internacional contiene normas relativas a la fuerza mayor o doctrinas similares, pero no siempre se definen de la misma manera ni se prevén los mismos requisitos y consecuencias. En los países de derecho anglosajón, como se explicará más adelante, no existe una reglamentación específica sobre la fuerza mayor y es probable que los tribunales rechacen otras doctrinas jurídicas. Por el contrario, en el derecho civil continental, la fuerza mayor suele estar relacionada con la teoría de la imprevisibilidad y la carga excesiva para la parte obligada a cumplirla.

En el caso de los tribunales arbitrales que deciden sobre la posibilidad de aplicar la fuerza mayor como forma de liberar a la parte del cumplimiento, normalmente se centrarán en:

a) El hecho de que el acontecimiento sea ajeno al control de las partes.



- b) Que sea imprevisible o, cuando sea previsible, que no se haya podido evitar razonablemente.
- c) Que el acontecimiento sea la causa directa de la imposibilidad de cumplir o, al menos, de cumplir a tiempo.

2. Fuerza mayor en el ámbito internacional

2.1. La fuerza mayor en los contratos internacionales

Muchos de los contratos que se suscriben, en particular, los contratos relacionados con los sectores de la **tecnología, los derechos de propiedad intelectual e industrial, los servicios financieros o las inversiones, son contratos que tienen un fuerte carácter transnacional.**

Ante la ocurrencia de un supuesto de fuerza mayor que pudiere comprometer el cumplimiento de las obligaciones contractuales, **lo primero que debe determinarse es la ley aplicable al contrato**, y así poder establecer las consecuencias jurídicas que las normas disponen en tales casos.

Por regla general, cuando hablamos de contratación entre particulares o empresas que celebran negocios jurídicos en el ámbito civil o mercantil, siempre que no se trate de consumidores, las partes pueden **elegir libremente la ley aplicable al contrato en cuestión.**

De acuerdo con los principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos internacionales, elaborado por la **Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado**, las partes son libres, salvo determinadas excepciones, de elegir la ley aplicable al contrato, pudiendo escoger que se aplique la misma ley a todo el contrato o bien diferentes leyes a distintas partes del mismo. Esta elección puede ser expresa o tácita, en el caso de que se desprenda claramente del propio contrato o de las circunstancias concomitantes. Si bien no es una norma jurídica, sí queda recogido en los principios generales de la práctica de los Estados en esta materia, de modo que, por regla general, rige la autonomía de la voluntad.

En el ámbito de la UE, el **Reglamento Roma I** es la norma fundamental en materia de ley aplicable y establece, en su artículo 3, la autonomía de las partes para designar la ley aplicable al contrato o parte del mismo, designación que puede ser también expresa o tácita.

Pero, ¿qué ocurre si las partes no han elegido expresamente una ley en el contrato?

En primer término, hay que determinar si de las circunstancias o las disposiciones del contrato se puede **desprender de forma inteligible la ley** que las partes han decidido aplicar al contrato.

En el supuesto de que no fuera posible tal concreción, la ley aplicable por este método debe delimitar la posible existencia de una norma internacional o supranacional que fije la ley aplicable. Este es el caso del Reglamento Roma I, que establece para todos los Estados miembro de la UE (salvo Dinamarca) cuál es la ley a aplicar a diferentes tipos de contrato en ausencia de elección de las partes. Resulta importante destacar que el Reglamento es de aplicación universal, de modo que la ley designada por dicho Reglamento será la ley que rija el contrato, aunque no sea la de un Estado miembro.



En caso de que no fuera de aplicación una norma internacional o supranacional, **habrá que atenerse a las normas de conflicto y las normas de derecho internacional privado internas de cada Estado**. En concreto, en España el artículo 10.5 del Código Civil determina la ley aplicable a las obligaciones contractuales, donde se dispone que, en defecto de pacto, prevalecerá en primer término **la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato**.

Una vez delimitada la ley aplicable al contrato, será necesario averiguar cuáles son las consecuencias jurídicas que el Derecho aplicable establece para los casos de fuerza mayor.

2.2. La fuerza mayor en el Derecho civil continental: análisis comparativo

Como ocurre en el caso de España, la fuerza mayor existe en la mayor parte de los ordenamientos europeos que siguen la tradición del Derecho civil continental, así como en aquellos otros países del mundo que han adoptado esta tradición jurídica.

2.2.1. Francia

La fuerza mayor tiene su origen en el Derecho Civil francés, donde se regula expresamente la llamada “force majeure”. El artículo 1218 del Código Civil francés establece la existencia de fuerza mayor cuando se produce un evento que escapa al control de las partes, que no podía ser razonablemente previsto al momento de la conclusión del contrato y cuyos efectos no se pueden evitar tomando las medidas apropiadas, de forma tal que impide la ejecución de las obligaciones. Dicho artículo va un paso más allá y determina las consecuencias aplicables, es decir:

- A) Si la situación es temporal, el contrato quedará suspendido, siempre que el retraso no justifique la resolución contractual.
- B) Si la situación es definitiva, el contrato quedará resuelto de pleno derecho y las partes quedarán liberadas de sus obligaciones.

Se aprecia, así, una regulación mucho más completa que en el Derecho español, pero que de igual forma basa la aplicación de la fuerza mayor sobre la ocurrencia de un supuesto imprevisible e irresistible, en el sentido de inevitable.

En el supuesto concreto de epidemias, **los tribunales franceses no se han mostrado proclives a aceptarlos como causa de fuerza mayor en aquellos casos en que la epidemia ya estaba prevista** en el momento de la celebración del contrato o cuando la misma es conocida, endémica y no letal. Por tanto, en aquellos contratos sometidos a **Derecho francés, habrá que ajustarse a si la epidemia del COVID-19 y las decisiones adoptadas por los distintos Estados pueden o no considerarse como imprevisibles e inevitables**, al objeto de poder concluir la aplicación del artículo 1218 del Código Civil francés.

2.2.2. Italia

En el caso de Italia **no existe una regulación tan clara** como en el caso francés. Las normas que regulan la fuerza mayor son los artículos 1257 y 1463-1464 del Código Civil italiano (CCIt), que determinan la resolución del contrato por imposibilidad sobrevenida, así como el artículo 1467 del mismo texto, donde se dispone que la parte que no pueda



cumplir su prestación, por ser esta excesivamente gravosa a causa de un evento extraordinario e imprevisible, puede resolver el contrato.

Una cuestión interesante del caso de Italia es el artículo 1467 del CCIt, que dicta que la parte que debe soportar la resolución puede evitarla, ofreciendo la modificación de las condiciones contractuales para ajustarlas a la equidad. Tal modificación no es obligatoria para dicha parte. Este artículo se aplica en el caso de obligaciones sinalagmáticas en contratos de ejecución periódica o continuada o con ejecución diferida.

Sin embargo, como no existe una definición en la ley de lo que significa la fuerza mayor (ni se usa el término), los tribunales italianos han determinado que se trata de un impedimento objetivo caracterizado por la no imputabilidad (incluso a título de culpa), la inevitabilidad y la imprevisibilidad del evento de que se trata.

2.2.3. Alemania

El Código Civil alemán (BGB) también prevé una regulación que tiene efectos similares a la doctrina de la fuerza mayor, si bien no se usa el término (*höhere Gewalt*) en el mismo.

Por un lado, el artículo 275 BGB regula la imposibilidad (*Unmöglichkeit*) y la configura como un supuesto que impide al acreedor exigir el cumplimiento de la prestación. Además, el mismo artículo establece que el deudor puede rechazar el cumplimiento de la obligación cuando requiera un esfuerzo que sea extremadamente desproporcionado con el interés del acreedor en el desempeño, teniendo en cuenta el contenido de la relación contractual y los requisitos de buena fe. Asimismo, **el deudor puede negar el realizar la prestación si la tuviera que realizar personalmente**, y la misma no podrá serle exigida, una vez ponderados los impedimentos frente al interés del acreedor en el cumplimiento de la prestación.

Por otro lado, el art. 313 BGB regula la figura de la modificación sustancial de la base del negocio (*Störung der Geschäftsgrundlage*) y permite la posibilidad de rechazar el cumplimiento, cuando para cumplir se haga necesario un esfuerzo desproporcionado debido a una modificación significativa en las circunstancias que forman la base del contrato, lo cual permitiría la modificación contractual.

Se trata, por tanto, **de moduladores de la responsabilidad por incumplimiento que tienen en cuenta la equidad para poder justificar la falta de cumplimiento** de la parte obligada.

2.3. La fuerza mayor en el *common law*

Como se ha indicado, al ser el concepto de fuerza mayor una doctrina de Derecho Civil continental, no se trata, en consecuencia, de una doctrina aceptada como tal en el *common law*. No obstante, el término *force majeure* se utiliza en el ámbito contractual a modo de un concepto útil para referirse a situaciones imprevisibles y/o inevitables que las partes determinan que, de producirse, tendrán determinado efecto sobre el contrato, funcionando generalmente como una fuente de exoneración de las obligaciones de las partes e incluso como causa de suspensión o resolución contractual.



Por ello, en los contratos sometidos a ordenamientos jurídicos basados en los principios del *common law* (principalmente, Reino Unido, Estados Unidos y Australia), bien sea por elección de las partes o por aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado, **es de enorme relevancia que en estos contratos las partes delimiten claramente en qué supuestos las partes quedarían eximidas del cumplimiento de sus obligaciones o podrían incluso recurrir a la resolución del contrato.**

La inexistencia de una doctrina similar a la de la fuerza mayor no impide que, en ausencia de regulación contractual, las partes no puedan invocar la existencia de una causa que impida definitivamente o dificulte gravemente el cumplimiento de las prestaciones que cada una se ha obligado a llevar a término.

2.3.1. Reino Unido

En el Derecho de Inglaterra y Gales, en términos generales, la autonomía de la voluntad es fundamental en relación con la fuerza mayor. Al no existir una doctrina instaurada en la tradición jurídica, el alcance y los efectos de la fuerza mayor quedarán determinados por lo pactado entre las partes en el contrato. Lo habitual es que, en los contratos sometidos al Derecho inglés, los supuestos de fuerza mayor incluyan los llamados “acts of God” (desastres naturales, incendios, epidemias, etc.) o medidas adoptadas por los Estados, guerras, rebeliones, huelgas o cambios legislativos.

Además, las cláusulas de fuerza mayor suelen incluir la obligación de notificar a la otra parte, a la mayor brevedad, acerca de la ocurrencia del evento y de tratar de mitigar los daños. **La falta de cumplimiento con estas obligaciones puede dar lugar a que se rechace una defensa basada en la fuerza mayor.**

Los tribunales ingleses interpretan y aplican los contratos de manera estricta, conforme a lo pactado por las partes y lo redactado en las cláusulas, respetando la libertad de las partes para realizar el contrato como consideren apropiado. Generalmente, los tribunales ingleses se inclinan por la conservación y el cumplimiento de lo pactado, de manera que, en ausencia de una regulación contractual específica de los supuestos de fuerza mayor y sus efectos sobre el contrato, **se vuelve complicado para las partes evitar la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones.**

A fin de evitar la responsabilidad en caso de que no exista una cláusula de fuerza mayor, la parte perjudicada por un evento que en Derecho civil podría considerarse como fuerza mayor, puede alegar la frustración del fin del contrato (“frustration”). De acuerdo con esta doctrina, **la parte queda liberada de sus obligaciones si la prestación que debe realizar no tiene posibilidad de ser ejecutada debido a un evento que no podía haber sido razonablemente previsto al tiempo de la celebración del contrato**, y que produce que las obligaciones bajo el contrato sufran una modificación fundamental o sean radicalmente diferentes a aquellas que se contemplan en dicho contrato. La frustración del contrato da lugar a la resolución del contrato, no cabiendo la suspensión temporal.

En estos casos, los pagos realizados (p.ej. depósitos) suelen ser recuperables, y en el caso de gastos incurridos y servicios realizados, el tribunal puede decidir que se retengan cantidades equivalentes a los gastos incurridos u otorgar cantidades para remunerar los servicios realizados.

No obstante, los casos de frustración no incluyen la dificultad o mayor onerosidad o coste en el cumplimiento de la prestación, sino tan solo cuando la prestación deviene en físicamente imposible (p.ej. destrucción de la cosa), ilegal o comercialmente inútil.



Únicamente en estos supuestos los tribunales ingleses admiten la aplicación de la doctrina, si bien en raras ocasiones.

En un supuesto como el del COVID-19, en un contrato sometido a Derecho inglés es posible que, salvo en el caso de que sea absolutamente imposible cumplir con la prestación o exista un cambio fundamental que afecte al fin principal del contrato, y en ausencia de una regulación contractual de fuerza mayor, las partes se vean obligadas a cumplir el contrato con sujeción a sus términos, con independencia de que ello les suponga un esfuerzo mucho mayor.

2.3.2. Estados Unidos

Al igual que ocurre en el Derecho inglés, **el Derecho estadounidense, en general, tampoco ha acogido la doctrina de la fuerza mayor**, de modo que resulta fundamental que exista una cláusula específica de fuerza mayor en los contratos, para así poder acogerse a la misma y poder eludir el cumplimiento de las obligaciones contractuales, en caso de un evento imprevisible e inevitable.

Sin embargo, la mayor parte de los Estados que conforman Estados Unidos acogen doctrinas tales como la imposibilidad o la frustración, las cuales, en determinadas circunstancias, **permiten exonerar a las partes del cumplimiento de sus obligaciones contractuales, pero solo cuando no existe una cláusula de fuerza mayor.**

En Nueva York o Texas se puede aplicar la imposibilidad del cumplir el contrato siempre que dicha imposibilidad **venga determinada por un evento imprevisible**. La prestación debe ser objetivamente imposible, bien por destrucción de los medios para cumplirla, bien porque se ha producido un cambio en las circunstancias tan fundamental que sería injusto obligar a las partes a cumplir con lo pactado. La imposibilidad se interpreta de forma bastante restrictiva, es decir, no basta la mera dificultad o mayor coste en el cumplimiento de la obligación.

La aplicación de los conceptos similares a la fuerza mayor varía de Estado a Estado, dado que no es una cuestión federal. No obstante, en materia de contratos comerciales es posible acudir a las normas contenidas en el Código Uniforme de Comercio (UCC). Se trata de un texto uniforme adoptado por todos los Estados, salvo Luisiana; no es una ley federal y, por tanto, puede haber variaciones de un Estado a otro. En el caso de contratos de compraventa de mercancías, de acuerdo con el artículo 2-615 UCC, el vendedor puede quedar excusado de los retrasos en la entrega o la falta de entrega, cuando la ejecución del contrato se ha vuelto impracticable por un evento cuya no ocurrencia era una asunción básica para la celebración del contrato o por el cumplimiento de buena fe con normas gubernamentales, extranjeras o domésticas. El estándar de impracticabilidad es más fácil de cumplir que el de imposibilidad, puesto que el primero supone que la prestación es objetivamente posible, pero excesivamente difícil o costosa.

La defensa de impracticabilidad solamente puede invocarse en aquellos supuestos en los que el UCC sea aplicable. En caso contrario, y salvo que esta defensa exista como parte del common law de un Estado concreto (p.ej. California), y en caso de que no exista cláusula concreta en el contrato, solo será admisible invocar la imposibilidad o frustración del contrato, y ello resulta una ardua tarea en sede judicial.



Como excepción a lo anterior, **Luisiana sí dispone de una regulación estatutaria de lo que se denomina “fortuitous event”** (caso fortuito) en los artículos 1873 a 1879 del Código Civil de Luisiana. El caso fortuito ha sido descrito como una fuerza irresistible, imprevisible al momento de celebrarse el contrato que hace que la prestación devenga imposible, siempre que no se haya asumido el riesgo de dicho evento. Su aplicación es similar a la doctrina de la imposibilidad.

2.4. La fuerza mayor en los instrumentos internacionales que regulan las relaciones privadas

Existen algunos tipos de contratos determinados que **están sujetos a normas internacionales**, algunos de los cuales contienen una regulación de la fuerza mayor. Si el contrato en cuestión se enmarca dentro del ámbito de aplicación del tratado internacional de que se trate, incluso sin haber previsto cláusula de fuerza mayor, esta puede ser alegada por las partes en base a la norma internacional.

El caso paradigmático lo constituye la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, suscrita en Viena el 11 de abril de 1980, de la que forman parte 93 Estados, incluido España, la mayor parte de los países de Europa, salvo Reino Unido, así como Estados Unidos, Canadá, China y una buena parte de los países iberoamericanos.

La Convención se aplica, de acuerdo con su artículo 1, **a compraventa de mercaderías entre personas físicas o jurídicas que estén en diferentes países**, siempre que ambos Estados formen parte de la misma, o bien siempre que las normas de derecho internacional privado configuren la aplicación del derecho de un Estado que sea parte de la Convención, independientemente de la nacionalidad de las partes. Cuando concurra cualquiera de estas circunstancias, la Convención será aplicable en el supuesto de que las partes del contrato no la hayan excluido de forma expresa. Resulta importante destacar que la **Convención no es aplicable a compraventas de bienes para uso doméstico o familiar**, salvo que las partes desconocieran que se les iba a dar ese uso, las ventas en subastas, las ejecuciones judiciales, la compraventa de acciones o valores negociables, de naves o aeronaves o de electricidad.

En caso de que la Convención resulte de aplicación al contrato en cuestión, el artículo 79 dispone que cualquiera de las partes no será responsable por el incumplimiento de las obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o bien que evitase o superase sus consecuencias. Dicho artículo dispone que el no cumplimiento durará mientras dure el impedimento, de modo que parece que la Convención se inclina por la suspensión del contrato. Además, se exige la notificación a la otra parte de la existencia del obstáculo y los efectos que tiene sobre la capacidad de la parte para cumplir con sus obligaciones dentro de un plazo razonable, so pena de incurrir en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por dicha falta de notificación.

Por otro lado, y aunque se trata de un instrumento de *soft law*, conviene traer a colación los **Principios de los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT**, que son un conjunto de principios generales preparados por expertos independientes del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), a los que pueden recurrir las partes del contrato. Si bien no se consideran normas de derecho internacional, **sí son generalmente aceptados los procedimientos de arbitraje internacional como normas**



de Derecho a los que las partes pueden someterse, y conforme a los cuales puede interpretarse el contrato. Estos principios generales, que son neutrales frente a las legislaciones nacionales de los Estados de una u otra parte, también contienen reglas respecto a los casos de excesiva onerosidad (arts. 6.2.1 a 6.2.3.) y fuerza mayor (art. 7.1.7); esta última con una formulación sustancialmente idéntica a la dispuesta en el artículo 79 de la Convención de Viena.

2.5. La fuerza mayor en el ámbito del Derecho Internacional Público

Un evento de fuerza mayor produce, debido a su naturaleza, la imposibilidad o excesiva dificultad, temporal o definitiva de una de las partes de cumplir sus prestaciones. Dado que es un evento ajeno a la esfera de control de las partes, su ocurrencia no tiene solo incidencia en el ámbito privado, **sino que también puede afectar a las obligaciones de los Estados de acuerdo con tratados internacionales.**

Las inversiones internacionales constituyen, probablemente, el campo donde existe una mayor incidencia para los particulares en materia de posibles incumplimientos de los Estados de sus obligaciones, en el ámbito de tratados internacionales. Las inversiones se suelen realizar en el marco de Tratados Bilaterales de Inversión (“BIT”) o multilaterales (p.ej. la Carta Europea de la Energía), que son tratados internacionales que recogen las obligaciones de los Estados en relación con las inversiones que nacionales de otros Estado realizan en su territorio.

La regulación de la fuerza mayor como causa de exoneración de la responsabilidad de los Estados en el ámbito internacional se recoge, principalmente, en los **Proyectos de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos**, codificados por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. En el texto, aunque no constituye un tratado internacional, sí se registran buena parte de la práctica de los Estados, habiendo sido citados por la Corte Internacional de Justicia en varios asuntos, de modo que tienen una aceptación generalizada y son observados por los Estados.

En concreto, el artículo 23 dispone que un Estado no será responsable por un acto ilícito que suponga un incumplimiento de una obligación internacional si dicho acto es debido a fuerza mayor, es decir, a la ocurrencia de una fuerza irresistible o un evento imprevisible, fuera del control del Estado, que hace materialmente imposible el cumplimiento de la obligación. **No podrá alegarse la fuerza mayor si esta es debida a la conducta del Estado o si el Estado ha asumido el riesgo de que dicha situación ocurra.**

En el caso de una pandemia como la del COVID-19, se puede afirmar, sobre todo al principio, que **el evento era imprevisible**. Una vez ya conocida la pandemia, la imprevisibilidad se ha visto ciertamente reducida, pero parece que sí puede determinarse que el mismo supone una fuerza irresistible que, además, escapa al control de los Estados. Si una pandemia puede o no suponer que el cumplimiento de la obligación se hace materialmente imposible (es decir, no hay forma de que se pueda ejecutar), **dependerá del tipo de obligación concreta.**

No obstante, **los Estados también pueden apoyarse en otras defensas en caso de la ocurrencia de un evento inesperado**, como una pandemia, para poder exonerarse de su responsabilidad internacional, por ejemplo, peligro extremo (“distress”), contenido en el artículo 24, o estado de necesidad (“necessity”), contenido en el artículo 25.



En el caso de peligro extremo, el Estado queda excusado cuando el actor del acto en cuestión no tiene otro modo que la infracción de la obligación concreta del derecho internacional para salvar su vida o la de otros, siempre que dicha situación de peligro no haya sido provocada por el Estado que la invoca y no sea probable que el hecho en cuestión provoque un daño comparable o mayor.

El estado de necesidad solamente puede ser invocado por un Estado cuando sea el único modo, para ese Estado, de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente, y no afecta gravemente a un interés esencial del Estado o Estados con los que está obligado o con la comunidad internacional en su conjunto. En ningún caso podrá invocarse si la obligación en cuestión excluye dicha posibilidad o si el Estado ha contribuido a dicha situación de necesidad.

3. Mantenimiento de las relaciones contractuales: Derecho español

3.1. Principio de pacta sunt servanda

El panorama actual y mundial tras la afectación del COVID-19 a la economía está propiciando la aplicación automática del establecimiento de la fuerza mayor en el campo jurídico contractual. No obstante, **se deberán tomar en consideración otras premisas para salvaguardar el mantenimiento de las relaciones jurídicas y evitar la afluencia litigiosa a largo plazo.**

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, tanto el español como el sistema de common law, **se aplica el principio pacta sunt servanda o de vinculación contractual.** Nuestro Derecho Privado impone límites a este principio que se asienta sobre la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 CC). Los contratantes podrán establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público. **Esta limitación de mínimos presupone que todo lo no previsto no tendrá cabida en el contrato,** si bien, desde un enfoque generalista, la autonomía de la voluntad de las partes no puede abarcar las circunstancias no previstas en el contrato. **Por tanto, surge el incumplimiento justificado como solución a las controversias frente a circunstancias sobrevenidas.** El incumplimiento justificado se asienta sobre:

- (i) La **inexigibilidad** de la prestación.
- (ii) La **imposibilidad** de la realización de la prestación. Este incumplimiento no reprochable podrá liberar al deudor de su deber de cumplimiento en el supuesto en el que la cosa que el deudor se obligara a entregar pereciere (art. 1182 CC) o cuando la prestación de hacer resultara legal o físicamente imposible (art. 1184 CC), entre otros supuestos.

Es decir, son supuestos en los cuales las circunstancias naturales o jurídicas pueden llegar a imposibilitar la obligación del deudor y/o de cualquier tercero ajeno. En el caso de que la imposibilidad resida solo en el deudor de forma subjetiva, deberá justificarse la buena fe contractual y el estado de necesidad en el que se encuentra el deudor, que le imposibilita cumplir con su obligación contractual. De hecho, la doctrina civilista asimila la imposibilidad de la prestación a los casos en que el cumplimiento conlleva una merma de los derechos constitucionales del deudor.



No se trata de asemejar esta imposibilidad a la fuerza mayor, **sino de lograr justificar hasta qué punto el deudor podría liberarse completa o parcialmente de su obligación.**

En virtud de ello, la imposibilidad económica resulta ser un tipo de imposibilidad para apreciar el incumplimiento justificado. Esta figura ha sido reconocida en numerosas ocasiones por el Tribunal Supremo, por cuanto frustra la finalidad del contrato e impide jurídicamente su mantenimiento y faculta a resolverlo. La imposibilidad económica ha de significar una dificultad económica grave, hasta tal punto que el cumplimiento de la prestación sea imposible, aunque no puede suponer per se una insuficiencia patrimonial del deudor.

Por consiguiente, ante una situación de insolvencia del deudor se deberá atender a si la causa de la insolvencia se debe a una mala gestión o le preceden circunstancias sobrevenidas que han imposibilitado una normal consecución de los negocios, pues solo en este último supuesto podrá hablarse de un incumplimiento justificado basado en la imposibilidad económica. Además, debe recordarse que la insolvencia no libera per se al deudor de responsabilidad contractual y patrimonial frente a sus acreedores, sino que puede llegar a agravarla ex art. 1911 CC.

3.2. Principio rebus sic standibus

El principio **rebus sic standibus** o también llamada cláusula relativa a “estando así las cosas”, se aplica en el campo contractual de la autonomía de las partes, toda vez que la alteración sustancial de las circunstancias puede conducir a una modificación y adaptación de las estipulaciones iniciales pactadas.

El Tribunal Supremo se pronunció recientemente, en STS núm. 452/2019 de 18 de julio, sobre la aplicación de esta cláusula no contemplada en el Código Civil, debiendo acogerse a los arts. 7 y 1258 CC para la aplicación del rebus sic standibus y solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o de las circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato.

En consecuencia, **la aplicación del rebus sic standibus supone un paso hacia adelante en el mantenimiento del contrato para no llegar a la drástica opción de resolución contractual** por la imposibilidad justificada de su cumplimiento.

En Derecho Internacional se regula el principio rebus sic standibus por el art. 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 1969: “Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado, a menos que: a) La existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado; y b) Ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado. (...)”

En línea con lo anterior, el Tribunal Supremo en la STS de 30 de junio de 2014, (RJ 2014, 3526), la STS 15 de octubre de 2014 (RJ 2014, 6129) y la STS de 13 de julio de 2017 (RJ 2017, 3962), determinó los requisitos que debían concurrir para producirse la resolución o la modificación del contrato por la alteración significativa de las circunstancias económicas, es decir, por aplicación de esta «cláusula implícita», la cual había sido admitida de forma muy restrictiva por la doctrina y jurisprudencia de un sector más tradicional.



La alteración de las circunstancias iniciales del contrato debe reunir, con carácter general, los siguientes condicionantes:

- a) La **alteración de la base del negocio** que afecte al equilibrio de las prestaciones.
- b) El **marco de riesgo derivado** del negocio, debiendo superarse el "riesgo normal del contrato" inherente al negocio.
- c) La **excesiva onerosidad que quiebre la equivalencia** de las prestaciones contractuales pactadas.

En este marco, el Tribunal Supremo estimó que la crisis económica podía considerarse como un fenómeno capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias, pudiendo alterar la base del negocio. No obstante, la aplicación del rebus sic standibus debe apreciarse de forma individualizada según la casuística de cada supuesto.

Sin embargo, **esta cláusula no podrá invocarse en contratos de tracto único cuya ejecución es inmediata**, puesto que la alteración de las circunstancias sobrevenidas y ajenas a la voluntad de las partes ha de producirse cuando la ejecución del contrato se encuentra diferida en el tiempo y pendiente de cumplimiento. No podrá tampoco alegarse la cláusula si existe responsabilidad contractual imputable a alguna de las partes.

De nuevo, debe traerse a colación el supuesto de una potencial insolvencia del deudor que justifica así la excesiva onerosidad que le supondría el cumplimiento de la obligación. La cláusula rebus sic standibus no se aplica de forma imperativa, y mucho menos sin realizar un análisis pormenorizado del posible nivel y origen de las pérdidas económicas del deudor insolvente. Asimismo, hay que añadir que el incumplimiento sobrevenido no puede afectar al deber de actuación diligente exigible a los administradores.

La cláusula no opera necesariamente en los mismos supuestos que la fuerza mayor. Es cierto que en ambos casos concurre un evento imprevisible, pero la imposibilidad de la prestación no es definitiva ni total para que se genere un desequilibrio entre las obligaciones y propicie una renegociación. Especial atención merecerán las situaciones tras el alzamiento del estado de alarma decretado en RD 2020 Real Decreto 463/2020 y el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, pues la imprevisibilidad será entonces relativa y la consecución del negocio será un aspecto primordial.

En concordancia con nuestra tradición doctrinal y jurisprudencial, la suspensión y resolución contractual por causa de fuerza mayor deberá operar en última instancia.

4. Conclusiones pragmáticas

A raíz de todo el análisis doctrinal y jurisprudencial anterior y sin perjuicio de la legislación aplicable al contrato, deberá valorarse si puede aplicarse la cláusula de fuerza mayor-pactada o no- y si ello conlleva la suspensión o la resolución contractual. En ambos casos podrá suponer la exención de responsabilidades contractuales. No obstante, en **el supuesto que la actual pandemia perdurase en el tiempo o atravesase momentos más o menos estables para la reanudación y consecución de la actividad empresarial, deberá valorarse un escenario distinto** a efectos de resolver los conflictos contractuales, en concreto, la aplicación de la cláusula rebus sic standibus. Y es que, las líneas de negociación y mediación en la resolución de conflictos *cross border* deben ser una apuesta a futuro frente a la radicalización de posturas enfrentadas que pueden desembocar en litigios nacionales y transnacionales, evitables y poco eficientes para la



consecución de los negocios y recuperación del sector empresarial. Ello no obsta para que en determinadas ocasiones, sí sea aconsejable instar la resolución contractual y acudir a la vía judicial para defender una imposibilidad justificada de cumplimiento o iniciar un -no deseable- procedimiento de insolvencia.

En contratos con tintes transnacionales, en tanto en cuanto se haya pactado una sumisión no exclusiva de jurisdicción y fracase la mediación, **será posible aplicar derecho sustantivo extranjero ante los juzgados y tribunales españoles, siempre y cuando conste acreditada la competencia jurisdiccional en España** en base a la voluntad contractual y los requisitos de la LEC, LOPJ y, en su caso, Reglamento (UE) 1215/2012.

ECIJA



EXPANSIÓN
2016, 2017,
2018 y 2019

Proyecto más innovador
Mejor Firma de
Economía Digital



FINANCIAL
TIMES
2019

Entre las 20 Firmas
más innovadoras
de Europa



Banda 1 en TMT por
Chambers and
Partners y Legal 500

THE LAWYER
2019

Mejor Firma en TMT
de Europa



FORBES
2017

Mejor Firma de
Tecnología de España

Torre de Cristal
Pº de la Castellana, 259C
28046 Madrid