

Nota Informativa
Especial COVID-19 (Nº6):
Las consecuencias legales en el ámbito civil por eventuales
incumplimientos contractuales a causa del COVID-19

Índice

Fuerza mayor

Cláusula *rebus sic stantibus*

Fuerza mayor y *rebus sic stantibus*
en el ámbito internacional

Cláusulas MAC

Madrid, 19 de marzo de 2020

1. El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (“OMS”) declaró el COVID-19 una pandemia internacional. Con el fin de afrontar la crisis sanitaria el pasado 14 de marzo el Gobierno español decretó el estado de alarma durante el plazo de quince días, acordando medidas temporales de carácter extraordinario para contener el virus y mitigar el impacto sanitario, social y económico¹ (la “Crisis del COVID-19”). La Crisis del COVID-19 puede considerarse una situación extraordinaria y, durante el tiempo que perdure la misma, muchas relaciones contractuales pueden verse afectadas en la medida en que las partes no puedan atender sus compromisos contractuales en tiempo y forma.
2. Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y obligan a las mismas a cumplir con los términos pactados², debiendo el deudor asumir responsabilidad en caso de incumplimiento³. En los supuestos en que se produzca una imposibilidad en el cumplimiento o una alteración sobrevenida de las circunstancias la ley exige a las partes hacer todo lo posible para vencer esta situación y cumplir con lo pactado, por ejemplo, mediante la prórroga de los plazos o el cumplimiento alternativo⁴.
3. En caso de no ser posible el cumplimiento, y con base en el principio de buena fe, la ley prevé varias excepciones que flexibilizan la obligación de cumplir y la responsabilidad del deudor: las figuras de fuerza mayor y de *rebus sic stantibus*. Conforme a estas excepciones el obligado a cumplir queda exonerado de responsabilidad por su incumplimiento (pudiendo extinguirse temporal o definitivamente la obligación) o también puede lograr la revisión o resolución de la relación contractual.
4. En la medida en que estos remedios no se aplican de forma automática y que existe una amplia casuística en esta materia (partes contratantes, cláusulas del contrato, sectores de actividad, medidas adoptadas por el Gobierno, duración del contrato, etc.) exponemos a continuación un marco general que permita conocer cuáles son las implicaciones que la Crisis del COVID-19 podría tener sobre el desarrollo de los contratos –cuya ley aplicable sea la española– y el posible traslado de esta situación a los Tribunales civiles españoles.

¹ 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 publicado en el B.O.E. nº 67, de 14 de marzo de 2020, Sección I (el “RD 463/2020”).

² Artículos 1091, 1256 y 1275 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (“CC”).

³ Artículos 1101 y 1107 CC.

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 318/2014 de 5 de junio, ponente el Ilmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, ES:TS:2014:2254: “*No hay imposibilidad cuando se puede cumplir con un esfuerzo la voluntad del deudor. La Sentencia de 14 de febrero de 1994 se refiere a observar la debida diligencia haciendo lo posible para vencer la imposibilidad y en la Sentencia de 2 de octubre de 1970 se acogió por haberse agotado las posibilidades de cumplimiento*”.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) de 11 de noviembre de 1987, ponente el Ilmo. Sr. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade, RJ 1987\8372: “*la imposibilidad de la prestación, en la precisa modalidad convenida en las obligaciones de hacer, determina la modificación (...) del contenido de la cláusula, de manera que (...) racionalmente resulte adecuado a la finalidad perseguida*”.

I. FUERZA MAYOR

¿Qué se entiende por evento de fuerza mayor? ¿Qué requisitos tiene que cumplir?

5. El derecho español, a diferencia de otras jurisdicciones, regula y define el supuesto de fuerza mayor como un acontecimiento (i) imprevisible o que, previsto, es inevitable⁵; (ii) independiente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, no imputable a las mismas⁶; y (iii) que tiene como resultado que alguna o todas las partes del contrato no pueden cumplir con aquello a lo que se obligaron⁷.

¿Puede considerarse la Crisis del COVID-19 como un supuesto de fuerza mayor?

6. A la vista de los requisitos anteriormente mencionados y de la declaración del estado de alarma por el Gobierno español, puede entenderse que la Crisis del COVID-19 es un supuesto imprevisible e independiente de la voluntad de las partes, si bien, para poder considerarse un supuesto de fuerza mayor hay que examinar caso por caso y analizar si, a causa de este evento, el obligado a cumplir no pudo hacerlo bajo ninguna circunstancia.
7. Si bien el impacto del COVID-19 ha generado una situación sin precedentes en España, la situación de crisis sanitaria más similar que han conocido nuestros Tribunales es la Gripe A en el año 2009, en la que la OMS declaró la enfermedad como pandemia y la Jurisprudencia entendió que, en determinados casos, concurrían los requisitos para considerar la misma como situación de fuerza mayor (nótese que su alcance e impacto no son comparables con el COVID-19)⁸.

⁵ Artículo 1105 CC.

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 185/2001 de 2 marzo, ponente el Ilmo. Sr. D. Pedro González Poveda, RJ 2001\2590. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) de 5 noviembre de 1993, ponente el Ilmo. Sr. D. Mariano Martín-Granizo Fernández, RJ 1993\8970.

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 741/2014 de 19 de diciembre, ponente el Ilmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, ES:TS:2014:5347.

⁸ Otro ejemplo de pandemia a la que se ha enfrentado España es la llamada “gripe española” de 1918, por la que sólo en España fallecieron casi 300.000 personas. Las decisiones gubernamentales que se adoptaron bajo la vigencia de la CE de 1876 fueron similares a las adoptadas por la Crisis del COVID-19 y la figura de fuerza mayor contemplada en el CC era plenamente aplicable.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7ª) núm. 204/2011 de 11 de abril, ponente el Ilmo. Sr. D José Antonio Lahoz Rodrigo, ES:APV:2011:2556: “(u)n brote de **gripe A** (...) **encludable en un claro supuesto de fuerza mayor**, pudo afectar a las expectativas que los demandantes tenían en la realización de ese viaje programado”.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª) de 10 de diciembre de 2013, ponente el Ilmo. Sr. D Juan Vicente Gutiérrez Sánchez, ES:APM:2013:21843: “ante la declaración de **pandemia por Gripe A**, que la organización Mundial de la Salud había efectuado (...) **les era imprevisible e inevitable** y concurren los requisitos necesarios para considerar que la situación producida fue originada por una circunstancia de **fuerza mayor** y no se les puede hacer responsable de los daños que pudieran habersele ocasionado a los aquí apelantes”.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª) núm. 346/2012 de 8 de junio, ponente la Ilma. Sra. Dª Yolanda López Morales, ES:APB:2012:6133: “las innegables incidencias (...) fueron debidas a circunstancias de **fuerza mayor** (...) la incidencia sobrevenida e inesperada por la demandada, lo cual queda acreditado, **de la gripe A**, determinó un cambio en el viaje proyectado, si bien, dada el cierre de las zonas arqueológicas y las recomendaciones de la autoridades mejicanas, la demandada no tuvo por más que entender ese cambio como necesario para evitar perjuicios”.

¿Qué consecuencias tiene que resulte imposible cumplir una obligación por una situación de fuerza mayor?

8. En primer lugar, se atenderá a los pactos convenidos por las partes en el contrato, en la medida en que los contratantes han podido prever un régimen específico de responsabilidad ante el incumplimiento de obligaciones por fuerza mayor (que una de las partes en concreto o ninguna asuma las consecuencias de este riesgo, que se prorroguen los plazos, que se resuelva el contrato, etc.). En este supuesto se estará a la voluntad de las partes⁹.
9. En ausencia de pacto expreso por las partes se aplicará el régimen general previsto en la ley para el supuesto de fuerza mayor¹⁰: si efectivamente existe esa imposibilidad de cumplir [ver párrafo 13 y ss. para entender qué se considera como imposibilidad de cumplir] entonces la parte que incumple quedará exonerada de la responsabilidad derivada del incumplimiento.
10. Junto a esta exoneración de responsabilidad, y dependiendo del caso concreto, la parte que incumple podrá (i) liberarse temporalmente del cumplimiento de la obligación y cumplir tardíamente con la misma o (ii) liberarse definitivamente del cumplimiento de la obligación¹¹.
11. La ley prevé algunas excepciones al régimen general de exención de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones por fuerza mayor. Así, por ejemplo, para estimar la exención de responsabilidad por imposibilidad sobrevenida es preciso que el deudor no se halle incurso en morosidad¹². Esto es, el contratante que, encontrándose en mora, incumple la obligación de entregar una cosa determinada asumirá las consecuencias de un evento de fuerza mayor hasta la entrega de dicha cosa (i.e. responderá de la pérdida de la cosa)¹³.

⁹ *Pacta sunt servanta*: Artículo 1255 CC: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

¹⁰ Artículo 1105 CC: “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**”.

¹¹ Artículo 1184 CC: “También quedará **liberado el deudor** en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible”.

Artículo 1182 CC: “Quedará **extinguida la obligación** que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora”.

¹² Artículo 1182 CC y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 318/2014 de 5 de junio, ponente el Ilmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, ES:TS:2014:2254.

¹³ Artículo 1096 CC: “Si el obligado **se constituye en mora**, o se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega”. Otro ejemplo es el comodato (préstamo gratuito para el uso de un bien). De conformidad con los artículos 1744 y 1745 CC el comodatario **será responsable de la pérdida del bien** incluso en el supuesto de fuerza mayor, si destinó la cosa a un uso distinto del acordado o la conservó en su poder por más tiempo del convenido.

Otra excepción prevista en la ley es la entrega de cosa genérica, mientras no se concrete la misma. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 266/2015 de 19 mayo, ponente el Ilmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz, ES:TS:2015:2344: “La exoneración del deudor por caso fortuito no es

¿Qué se entiende por imposibilidad de cumplir? ¿Quién tiene la carga de probar que la imposibilidad de cumplir se debe al evento de fuerza mayor?

12. La Crisis del COVID-19 puede considerarse un evento imprevisible ajeno a la voluntad de los contratantes, por lo que, en este caso concreto, el obligado a cumplir que no pueda hacerlo alegando fuerza mayor tendrá la carga de probar: (i) que objetivamente no pudo cumplir con la obligación y (ii) que existió una de relación de causalidad entre el incumplimiento y el evento imprevisible¹⁴.
13. En primer lugar, la parte obligada a cumplir que no lo hace tendrá que demostrar que hubo una imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta y duradera en el tiempo para no atender la prestación contractual¹⁵. No cabe confundir dificultad en el cumplimiento con imposibilidad¹⁶ ni tampoco cabe medir la imposibilidad con base en el criterio subjetivo de la parte que incumple¹⁷.
14. Nuestros Tribunales señalan que la imposibilidad de cumplir ha de ser definitiva, por lo que excluye la temporal o pasajera que solo tiene efectos suspensivos. Tampoco cabe alegar imposibilidad cuando es posible cumplir mediante la modificación racional del contenido de la prestación, de modo que resulte adecuado a la finalidad perseguida¹⁸. Por ello, es fundamental que la parte afectada por el evento imprevisible intente cumplir con la

absoluta, tiene excepciones, conforme prevé el artículo 1105 CC, y una de ellas, por aplicación del principio "genus nunquam perit", sería en supuestos de obligaciones de entregar cosa genérica".

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 937/2002 de 10 octubre, ponente el Ilmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, RJ 2002\9978: "*La fuerza mayor o la culpa del que hubiese sufrido el daño, deben ser probados por quien los alegue en su descargo*".

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 318/2014 de 5 de junio, ponente el Ilmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, ES:TS:2014:2254: "*manifestación del principio "ad impossibilia nemo tenetur", que aquí se concreta en la regla de que no existe obligación de cosas imposibles ("impossibilium nulla obligatio est"), cuya aplicación exige una imposibilidad física o material o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor*".

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 424/2013 de 21 de junio, ponente el Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos, ES:TS:2013:4295: "*La imposibilidad legal se extiende a toda imposibilidad jurídica, pues abarca tanto la derivada de un texto legal, como de preceptos reglamentarios, mandatos de autoridad competente, u otra causa jurídica*".

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 433/1997 de 20 de mayo, ponente el Ilmo. Sr. D. José Almagro Nosete, RJ 1997\3890 "*la mayor o menor dificultad de cumplimiento de una obligación nunca puede equivaler a la imposibilidad que establece la norma legal que se denuncia como infringida*".

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 881/1994 de 6 octubre, ponente el Ilmo. Sr. D. Sr. Jaime Santos Briz, RJ 1994\7458: "*el Tribunal de instancia, y ahora esta Sala de casación, han de cuidar, y así lo hacen, de no apreciar esta dificultad conforme al criterio subjetivo del deudor, pues en este caso se daría lugar a una notable inseguridad jurídica*".

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) de 11 de noviembre de 1987, ponente el Ilmo. Sr. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade, RJ 1987\8372: "*la imposibilidad de la prestación, en la precisa modalidad convenida en las obligaciones de hacer, determina la modificación de su contenido, de manera que el comportamiento o resultado material a realizar por el deudor en beneficio del acreedor, será el que racionalmente resulte adecuado, atendidas las circunstancias del caso y la finalidad perseguida por el contrato (...) procede la modificación racional del contenido de la cláusula, de manera que, como señala la jurisprudencia citada, racionalmente resulte adecuado a la finalidad perseguida*".

prestación por todos los medios posibles, mediante el cumplimiento equivalente, prórroga de plazos, vías alternativas, etc.

15. En segundo lugar, la parte que no atiende el compromiso contractual deberá demostrar que su incumplimiento fue resultado directo y necesario de la situación de fuerza mayor, esto es, tendrá que demostrar la existencia de una relación de causalidad entre el evento y la imposibilidad de cumplir¹⁹.
16. En los supuestos en que se evidencie (i) que el obligado sí tenía la posibilidad de cumplir con la prestación o (ii) que el incumplimiento no guarda relación con el evento imprevisible, nos encontraríamos ante un supuesto de incumplimiento contractual en el que no se podrá alegar el régimen de exención de responsabilidad por incumplimiento y se aplicarían, en su lugar, los regímenes de responsabilidad del CC para el deudor culposo o doloso²⁰.

¿Es necesario que se intente cumplir la obligación a pesar del evento de fuerza mayor?

17. Sí. Como hemos dicho, a pesar de darse una circunstancia de fuerza mayor, deben intentar agotarse todos los medios al alcance para cumplir con el compromiso contractual, incluyendo el cumplimiento de la prestación por medios alternativos (que no modifiquen sustancialmente la esencia del pacto).

¿La ley aplicable al contrato es relevante?

18. Sí. La definición, interpretación y alcance del concepto de fuerza mayor en un contrato diferirá de cual sea la ley aplicable al mismo. Para alegar el régimen general de exención de responsabilidad por fuerza mayor analizado en esta nota es necesario que la ley aplicable al contrato sea la española²¹.

¿La póliza de seguro cubre los daños derivados de un incumplimiento por la Crisis del COVID-19?

19. Depende. Es necesario revisar la póliza del seguro contratado para conocer si la cobertura alcanza los acontecimientos de fuerza mayor y en qué términos lo hace, aunque lo habitual es excluir por defecto los sucesos de terrorismo, epidemias, guerras, etc.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) de 11 de junio de 1990, ponente el Ilmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa, RJ 1990\5852: “*para que un suceso pueda originar la irresponsabilidad a que se refiere el artículo 1105, es menester que sea imprevisible o que, previsto, sea inevitable, insuperable o irresistible, que no se deba a la voluntad del presunto deudor, y que **entre el resultado y el evento que lo produjo exista un nexo de causalidad***”.

²⁰ Artículo 1107 CC: “*Los daños y perjuicios de los que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de una obligación*”.

²¹ Ver párrafos 49 y ss de la presente nota para conocer en líneas generales cómo se regula el supuesto de fuerza mayor en el derecho internacional.

20. En este sentido, podemos diferenciar tres posibles escenarios; que (i) la póliza expresamente excluya la cobertura de responsabilidad en supuestos de fuerza mayor; que (ii) la póliza no contemple ni regule la cobertura del seguro en estos supuestos; y que (iii) la póliza expresamente contemple la cobertura en casos de fuerza mayor.
21. En el primero de los casos, y asumiendo que un incumplimiento determinado por la Crisis del COVID-19 se considere un caso de fuerza mayor, si la póliza expresamente excluyera la cobertura de responsabilidad en estos supuestos, nada cabría reclamar a la aseguradora.
22. En el segundo escenario, al no estar contemplado los supuestos de fuerza mayor en la póliza suscrita, no es descartable que las propias aseguradoras se amparen en las causas de fuerza mayor para exonerarse de responsabilidad al tratarse de un caso imprevisible y sin precedentes. En este sentido, se remitirían a las disposiciones generales del CC en los mismos términos que ya se ha desarrollado anteriormente²².
23. Si excepcionalmente nos encontrásemos en el tercer escenario y la póliza asegurase también los escenarios de fuerza mayor, presumiblemente cabría reclamar a la aseguradora los daños y perjuicios derivados de la situación causada por la Crisis del COVID-19.

En caso de un escenario de posible incumplimiento ¿qué medidas se deben adoptar?

24. Una vez analizada la situación de fuerza mayor y constatada la imposibilidad sobrevenida de cumplir con la obligación en los exactos términos pactados en el contrato, se recomienda:
 - (i) proceder de conformidad con las medidas acordadas en el RD 463/2020 y con el resto de indicaciones y recomendaciones que vayan dictado las autoridades competentes;
 - (ii) examinar las cláusulas del contrato para verificar si se ha previsto un protocolo específico de actuación para las partes (cumplimiento alternativo, formas y plazos de comunicación, etc.), así como un régimen específico de responsabilidad, en supuestos de fuerza mayor;
 - (iii) actuar siempre bajo los principio de buena fe²³, transparencia y diligencia y valorar si existe imposibilidad absoluta de cumplir con el compromiso contractual²⁴ o si, por el contrario, puede cumplirse con lo convenido modificando racionalmente del contenido de la prestación, esto es, entregar la mercancía en una fecha posterior, cumplir con dificultad, lograr que un tercero realice la prestación, prestar el servicio vía *online*, etc.;

²² Párrafos 6 a 16 de la presente nota.

²³ Artículos 7 y 1258 del CC.

²⁴ Ver párrafo 13 y ss. de la presente nota.

- (iv) comunicarse por escrito con la parte afectada para informarle de la situación actual (el imposible cumplimiento de la obligación a causa de la Crisis del COVID-19, en qué grado y durante cuánto tiempo afectará al compromiso contractual, etc.) y, en su caso, para comunicarle la prórroga de plazos o el cumplimiento alternativo de la prestación; asimismo es conveniente mantener informada a la contraparte de los cambios que se vayan produciendo; y
 - (v) adoptar las medidas que resulten necesarias para minimizar los daños derivados del incumplimiento²⁵.
25. En la medida en que no puede descartarse el inicio de acciones legales derivadas de un incumplimiento por fuerza mayor, las anteriores actuaciones ayudarán a demostrar que se actuó de manera diligente, transparente, de buena fe y, con ello, que procede aplicar el régimen de exoneración de responsabilidad por incumplimiento a la parte que no pudo atender la prestación.
26. Asimismo, es importante que todas las áreas de la empresa estén coordinadas y sean uniformes en las respuestas que se ofrezcan con ocasión de un incumplimiento (justificaciones, protocolos de actuación, soluciones, comunicaciones, etc.) con el fin de que no surjan contradicciones.

¿Qué ocurre con la parte afectada por el incumplimiento?

27. La parte afectada por el incumplimiento también habrá de valorar por sí misma si existió imposibilidad de realizar la prestación por el obligado que incumple. En el supuesto de que se informe a la parte afectada de la modificación del contenido de la prestación (la misma queda suspendida temporalmente, se realizará en otra fecha o se realizará de forma alternativa), esta no podrá, en principio, rechazar esta solución, siempre y cuando la prestación sustitutoria no modifique sustancialmente la esencia de lo pactado.

¿Cómo afecta lo anterior a los administradores?

28. El deber de diligencia sigue vigente en este supuesto de fuerza mayor por lo que las decisiones y actuaciones de los órganos de administración de una sociedad podrán ser objeto de examen en las distintas jurisdicciones. Por ello el incumplimiento sobrevenido de obligaciones no puede afectar al deber de actuación diligente exigible a los administradores.

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil) núm. 3173/2014 de 9 de julio, ponente el Ilmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel, ES:TS:2014:3173]: “*La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para **reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento***”.

Cuando la contraparte es un consumidor, ¿aplica alguna disposición particular para los supuestos de causa mayor?

29. El 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 (“LGDCU”) solo se refiere a la fuerza mayor en relación con los viajes combinados²⁶, que coincide con el régimen general de fuerza mayor regulado en el CC. Con independencia de que este supuesto esté expresamente contemplado en la LGDCU, en este y en el resto de casos aplicará el régimen general de fuerza mayor²⁷.
30. En caso de que se haya pactado en el contrato una renuncia de derechos para el consumidor, hay tener presente que en la contratación con consumidores es nula toda renuncia de derechos que estén reconocidos por ley a los mismos²⁸ y que la renuncia en otros supuestos distintos estará sometida al control de transparencia y de no abusividad²⁹, por lo que habrá que estar al caso concreto.
31. Por último, lo anteriormente expuesto en relación con el régimen general de consumidores ha de entenderse sin perjuicio de lo señalado por las leyes especiales. Así, por ejemplo, el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19³⁰ contempla una disposición especial en materia de consumo por la que se acuerda la interrupción del plazo para la devolución de productos durante la vigencia del estado de alarma³¹.

Si preveo firmar acuerdos próximamente ¿debo adoptar alguna medida adicional?

32. En la medida en que interese prever la Crisis del COVID-19 como causa de exoneración de responsabilidad por incumplimiento del contrato, convendría incluir una cláusula de responsabilidad por fuerza mayor por estos motivos. En el caso particular de contratación con consumidores, y con el fin de cumplir con el régimen de transparencia y de no abusividad, convendría firmar esta cláusula de forma independiente y donde se explique de manera clara y comprensible para un consumidor medio cuáles son las consecuencias de este pacto.

²⁶ Artículos 160 y 162 LGDCU: se contempla (i) como motivo de resolución de un contrato de viaje combinado (en cuyo caso se permite que ambas partes resuelvan antes del inicio del viaje reembolsando las cantidades abonadas) y (ii) como motivo de resarcimiento durante la ejecución del contrato de viaje combinado (en cuyo puede solicitar una reducción de precio).

²⁷ Vid. párrafos 6 y ss. de la presente nota.

²⁸ Artículos 10 y 86, 87, 89 LGDCU.

²⁹ Artículos 3.1. y 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

³⁰ B.O.E. nº 73, de 18 de marzo de 2020.

³¹ Artículo 21: “Durante la vigencia del Estado de Alarma o sus posibles prórrogas, se interrumpen los plazos para la devolución de los productos comprados por cualquier modalidad, bien presencial bien online. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma o, en su caso, las prórrogas del mismo”.

II. CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

33. Existe otra figura de origen doctrinal y aplicación jurisprudencial, distinta de la fuerza mayor, que podría invocarse en este contexto de Crisis del COVID-19: la denominada cláusula *rebus sic stantibus* (“*estando así las cosas*”)³², también conocida en la contratación internacional como *hardship*.
34. Esta figura tiene como finalidad modificar los términos del contrato o, incluso, resolver el mismo cuando concurren los presupuestos que se indican a continuación³³. Hay que tener presente que nuestros Tribunales aplican esta figura de manera muy excepcional y con un criterio muy dividido por lo que la viabilidad de esta alegación es residual y dependerá del caso concreto.

¿Qué presupuestos han de concurrir para la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus?

35. La parte que pretenda modificar los pactos inicialmente acordados o la resolución del contrato tendrá que acreditar que concurren, conjuntamente, los siguientes presupuestos³⁴:
- (i) que se ha producido una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración;
 - (ii) que se ha producido una desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes que rompe el equilibrio entre dichas prestaciones;

³² Se trata de una construcción doctrinal comúnmente denominada “*cláusula rebus sic stantibus*”, sin que sea necesario que exista una cláusula *ad hoc* en el contrato para su invocación.

³³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 452/2019 de 18 de julio, ponente el Ilmo. Sr. M^º Ángeles Parra Lucán, ES:TS:2019:2556: “*aunque el Código Civil no regula un mecanismo que expresamente permita extinguir o modificar el contenido de las obligaciones en función de cambios imprevisibles, doctrina y jurisprudencia recurren a la cláusula “ rebus sic stantibus” [estando así las cosas], próxima en su fundamento a los arts. 7 y 1258 CC, para solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o de las circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato. Según esta doctrina, 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 propia finalidad del contrato. Y por supuesto, es preciso que tales circunstancias sobrevenidas fueran totalmente imprevisibles para los contratantes*”.

³⁴ Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 591/2014 de 15 octubre, ponente el Ilmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno, RJ 2014\6129; de núm. 64/2015 de 24 febrero, ponente el Ilmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno, ES:TS: 2015:1698; y núm. 333/2014 de 30 junio de 2014, ponente el Ilmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno, ES:TS: 2014:2823.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 333/2014 de 20 de junio, ponente el Ilmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno, ES:TS:2014:2823: “*El contraste de la denominada base objetiva del negocio nos permite concluir que la mutación o cambio de circunstancias determina la **desaparición de la base del negocio** cuando la finalidad económica primordial del contrato, ya expresamente prevista o bien derivada de la naturaleza o sentido del mismo, **se frustra o se torna inalcanzable**”.*

- (iii) que todo ello ha ocurrido por circunstancias radicalmente imprevisibles y sobrevenidas; y
 - (iv) que no se dispone de otro remedio para la resolución del problema.
36. Con ello, la cláusula *rebus sic stantibus* permite a una de las partes del contrato modificar los términos contractuales para adaptarlos a las nuevas circunstancias o, incluso, resolver el mismo, sobre la base del acaecimiento de circunstancias imprevisibles que han hecho excesivamente oneroso el cumplimiento de sus obligaciones, produciéndose una clara desproporción respecto de las obligaciones asumidas por las partes.

¿En qué supuestos se ha aplicado la cláusula rebus sic stantibus por nuestros Tribunales?

37. Los Tribunales españoles son muy restrictivos a la hora de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* y, con ello, en la modificación de los pactos del contrato o la resolución del mismo porque se parte de la premisa de que las partes (i) tienen que cumplir lo acordado en el contrato³⁵ y (ii) tienen que asumir los riesgos derivados de la naturaleza y sentido del contrato (el riesgo o incertidumbre inherente o derivado de un contrato)³⁶.
38. Uno de los supuestos más recientes en los que se ha aplicado, en ocasiones, la cláusula *rebus sic stantibus* ha sido el contexto de crisis económica del año 2008. El principal debate que han mantenido nuestros Tribunales para la aplicación o no de esta doctrina ha sido la consideración de la crisis económica (i) como un evento imprevisible o (ii) como la materialización de un riesgo inherente al contrato y, por tanto, previsible.
39. Así, de un lado, existen resoluciones que han aplicado la doctrina *rebus sic stantibus* al considerar los supuestos de crisis financiera como un evento imprevisible, extraordinario

³⁵ Artículo 1091 CC: “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos”

Artículo 1255 CC: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”

Artículo 1278 CC: “Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”.

Artículo 9.3 de la Constitución Española.

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 64/2015 de 24 de febrero, ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno, ES:TS:2015:1698: “de los sucesos imprevisibles que sirven para sustentar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* **deben excluirse los riesgos que deriven de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato, esto es, el «riesgo normal» inherente o derivado del contrato.** (...) para que sea aplicable esa técnica de resolución o revisión del contrato se exige, entre otras condiciones, como señaló la sentencia de 23 de abril de 1991, que la alteración de las circunstancias resulte imprevisible, lo que no acontece **cuando la incertidumbre constituye la base determinante de la regulación contractual**”.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 452/2019 de 18 de julio, ponente la Ilma. Sra. D^a M^a Ángeles Parra Lucán, ES:TS:2019:2556: “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. No puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato**”.

y fuera de todo cálculo que permite actualizar los términos del contrato a la situación actual o resolver el mismo³⁷. De otro lado, también se han dictado resoluciones que han inadmitido esta figura por entender que la crisis financiera es un suceso que ocurre en el círculo de las actividades empresariales que no puede considerarse imprevisible y, con ello, que no faculta a las partes para modificar los pactos contractuales o resolver el negocio jurídico³⁸.

40. A nuestro entender, la Crisis del COVID-19 es una circunstancia que las partes no pudieron prever en el momento de la perfección de un contrato, si bien el cumplimiento de este requisito de imprevisibilidad no es suficiente para constituir por sí solo el fundamento de la aplicación de la figura *rebus sic stantibus*, esto es, no comporta por ella sola la aplicación generalizada o automática de la cláusula *rebus sic stantibus*.
41. Será necesario demostrar, además, que la Crisis del COVID-19 ha tenido una incidencia real y directa en el marco de la relación contractual, ocasionando una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes³⁹. Lo vemos a continuación.

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 820/2013 de 17 de enero, ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco Marín Castán, ES:TS:2013:1013: “*Lo anteriormente razonado no significa, sin embargo, que la regla rebus sic stantibus haya de quedar descartada en todos los casos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de inmuebles. Antes bien, una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurran en cada caso concreto otros requisitos como aquellos a los que más adelante se hará referencia, una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspondientes prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla*”.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 644/2012 de 8 de noviembre, ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno, ES:TS:2012:9188: “*aunque la crisis económica, por sí sola, no permita al comprador desistir del contrato, no se puede descartar, en términos generales, su posible valoración a través de la aplicación de la regla “rebus sic stantibus” cuando de la valoración del conjunto de circunstancias concurrentes, y de la propia configuración jurídica de la regla, se desprenda su posible y correcta aplicación al ámbito de la compraventa de viviendas realmente afectadas por la tipicidad jurídica que se derive de la crisis económica*”.

³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 214/2019 de 5 de abril, ponente la Ilma. Sra. D^a. M^a Ángeles Parra Lucán, ES:TS:2019:1148: “*respecto de la crisis financiera como hecho determinante para la aplicación de la cláusula (...) es un suceso que ocurre en el círculo de sus actividades empresariales, que no puede considerarse, imprevisible o inevitable*”.

Sentencia de la Audiencia Principal de Álava (Sección 1^a) núm. 91/2012 de 1 de marzo, ponente la Ilma. Sra. D^a Mercedes Guerrero Romeo, ES:APVI:2012:31: “*La alteración alegada por el recurrente no puede ser considerada extraordinaria ni imprevisible, la demandada es una empresa dedica a la adquisición de terrenos urbanos y rústicos por lo que bien pudo prever el descenso de las ventas y la bajada de precios en el sector, consecuencia de la desaceleración del mercado inmobiliario*”. Sentencia de la AP Lleida (Sección 2.ª) núm. 119/2012 de 20 de marzo [JUR 2012\154060]: “*La crisis en el sector de la construcción no puede suponer una justificación genérica para el incumplimiento de las obligaciones por todos los que se dedican a este sector, siendo más que evidente la enorme inseguridad jurídica que se produciría en caso de admitirse tal planteamiento*”.

³⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4^a) núm. 95/2019 de 12 de febrero, ponente Ilmo. Sr. D Jordi Lluís Forgas Folch, ES:APB:2019:1187: “*las dos notas que caracterizan la aplicación de dicha cláusula son de un lado la imprevisibilidad de las circunstancias que alteran el contenido obligacional y dos el resultado gravosamente oneroso de la incidencia de dichas circunstancias sobre la base económica que informó el contrato*”.

¿Qué se entiende por desequilibrio en el contrato?

42. Superado el presupuesto de imprevisibilidad de la Crisis del COVID-19, el debate para la aplicación, caso por caso, de la doctrina *rebus sic stantibus* se centrará principalmente en acreditar que el evento ha producido una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes que rompe el equilibrio entre dichas prestaciones.
43. En esta labor ha de tenerse en cuenta que no cualquier resultado negativo que se obtenga en el negocio como consecuencia de la alteración de las circunstancias por la Crisis del COVID-19 permitirá la revisión del contrato, de igual manera que no cualquier desequilibrio entre las prestaciones es suficiente para invocar la cláusula, sino que es necesario que la alteración de las circunstancias tenga una incidencia superlativa en el ámbito negocial de las partes y que ocasione una desproporción exorbitante entre las respectivas prestaciones de las partes⁴⁰.
44. En otras palabras, no debe confundirse el concepto de alteración extraordinaria de circunstancias con el de riesgo de empresa, pues todo empresario asume en mayor o menor medida un riesgo al contratar, aunque sea remoto. El empresario ha de asumir el riesgo de pérdida derivado tanto de la valoración del negocio al momento de celebrar el contrato (expectativas, previsiones que realizó) como de la evolución del contrato en el mercado⁴¹, sin que la materialización del riesgo se considere en sí mismo un desequilibrio en el contrato que faculte su revisión.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 214/2019 de 5 de abril, ponente la Ilma. Sra. D^a. M^a Ángeles Parra Lucán, ES:TS:2019:1148: **“la crisis económica de 2008, no comporta, por ella sola, 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 (...) peligro de convertir esa posibilidad en un incentivo para incumplimientos meramente oportunistas”**.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 333/2014 de 30 junio, ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno, ES:TS:2014:2823: **“la figura requiere, además, que dicha alteración o cambio de circunstancias produzca una ruptura de la razón de conmutatividad del contrato traducida en una *excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación* de la parte afectada. (...) cabe constatar dicha excesiva onerosidad que se desprende, de un modo claro, en el tránsito del ejercicio del 2008 al 2009, con el balance negativo, ante la caída desmesurada de la facturación, que no solo cierra con sustanciales pérdidas la concreta línea de negocio en cuestión, sino que compromete la viabilidad del resto de áreas de explotación de la empresa, en caso de cumplimiento íntegro del contrato según lo pactado”**.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 64/2015 de 24 de febrero, ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno, ES:TS:2015:1698: **“para sustentar la aplicación de la *rebus sic stantibus* deben excluirse los riesgos que deriven de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato, esto es, el «riesgo normal» inherente o derivado del contrato**.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) núm. 447/2017 de 13 de julio, ponente la Ilma. Sra. D^a María de los Ángeles. Parra Lucán, ES:TS:2017:2848: **“a la posibilidad de una ganancia rápida y 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**.

45. Por último, habrá de valorarse el impacto temporal que la Crisis del COVID-19 tiene sobre la relación contractual y las prestaciones a cumplir por las partes, puesto que no tendrá la misma relevancia que el desequilibrio entre las partes se produzca, por ejemplo, únicamente durante la Crisis del COVID-19 o que sus efectos se prolonguen de manera irreparable y duradera en el tiempo. De igual manera la duración del contrato será determinante para valorar el impacto de la circunstancia extraordinaria sobre la base del negocio.

¿Puedo pedir la revisión o resolución del contrato como consecuencia de la Crisis del COVID-19?

46. En la medida en que se cumplan todos los requisitos anteriormente mencionados, la Crisis del COVID-19 podría servir de fundamento para solicitar una revisión de los términos pactados por las partes o la resolución del negocio jurídico.
47. Teniendo en cuenta que los Tribunales aceptan de manera muy excepcional la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* y que aún no se conoce qué impacto tendrá la Crisis del COVID-19, es pronto para valorar la eventual aplicación de la figura *rebus sic stantibus* por los Tribunales y habrá que atender caso por caso.

¿La cláusula rebus sic stantibus aplica en los mismos supuestos que la fuerza mayor?

48. No necesariamente. Si bien en ambos casos concurre un evento imprevisible en el caso de fuerza mayor, este provoca una imposibilidad en el cumplimiento de la obligación, mientras que en el supuesto de *rebus sic stantibus* no es necesario que la prestación devenga imposible, sino que genere una alteración grave del equilibrio del contrato.

III. FUERZA MAYOR Y *REBUS SIC STANTIBUS* EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

¿Cómo se regulan los supuestos de fuerza mayor y rebus sic stantibus en el derecho internacional?

49. En derecho internacional existen instrumentos que se aplican a los contratos, que sirven para interpretar los mismos o que complementan el derecho nacional aplicable a las relaciones contractuales. Estos instrumentos contemplan en su clausulado figuras análogas a la fuerza mayor y a la cláusula *rebus sin stantibus* analizadas en esta nota.
50. En primer lugar, España es parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (la “**CNUDMI**”)⁴² y, por lo tanto,

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”.

⁴² Instrumento de Adhesión de España a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, publicado en el B.O.E. nº 26, de 30 de enero de 1991, Sección I.

este es derecho aplicable. Sus disposiciones resultan de aplicación a toda operación de compraventa concertada entre partes que tengan un establecimiento en alguno de los estados contratantes y cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un estado contratante, salvo que las partes hayan excluido expresamente su aplicación.

51. La CNUDMI regula la fuerza mayor en términos muy similares a la ley española tanto en su definición (“impedimento ajeno a su voluntad de las partes que no pudo evitarse o superarse”) como en el régimen de exención de responsabilidad previsto por incumplimiento (“la parte no será responsable de la falta de cumplimiento”) ⁴³.
52. De otro lado, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (“PECL”), reiteradamente reconocidos por nuestro Tribunal Supremo como un instrumento esencial para la interpretación de nuestro ordenamiento jurídico, recogen una figura muy similar a la cláusula *rebus sic stantibus*, tal y como esta viene siendo aplicada por los Tribunales.
53. Concretamente, de conformidad con los PECL las partes tienen la obligación de negociar una adaptación del contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que: (i) dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato; (ii) en términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido; y (iii) a la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias⁴⁴.
54. Como consecuencia de esta situación sobrevenida, los PECL añaden que, si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, los Tribunales podrán: (i) poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado o (ii) adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa⁴⁵. En cualquiera de los casos, los Tribunales podrán ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura.
55. Por último, los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (“UNIDROIT”) también contemplan una solución análoga. Los principios UNIDROIT son

⁴³ Artículo 79.1 de la Convención internacional de mercaderías: “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”.

⁴⁴ Apartados 2 y 3 del artículo 6.111 PECL. Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil) núm. 416/2016, de 20 de junio, ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, ES:TS:2016:2893; núm. 511/2013 de 18 de julio, ponente el Ilmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, ES:TS:2013:4245; y núm. 649/2016, de 3 noviembre, ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno, RJ 2016\5203.

⁴⁵ Apartado 3 del artículo 6.111 PECL.

norma vinculante entre las partes contratantes cuando así lo acuerden expresamente las mismas, cuando hayan acordado que el contrato se rija por los principios generales del derecho, cuando al contrato le sean aplicables leyes que contemplen la remisión a estos principios y también pueden aplicarse cuando las partes no hayan escogido el derecho aplicable al contrato.

56. Los principios UNIDROIT regulan la figura *rebus sic stantibus* de manera similar a los Tribunales españoles, disponiendo que cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada a cumplir sus obligaciones, salvo lo previsto expresamente para el supuesto de “excesiva onerosidad” (*hardship*)⁴⁶.
57. Se entiende que existe excesiva onerosidad o *hardship* cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el coste de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido. Se exige que dichos eventos (i) acontezcan o lleguen a ser conocidos después de la celebración del contrato; (ii) no pudieran ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (iii) escapen al control de la parte en desventaja; y (iv) que el riesgo de tales eventos no fuera asumido por la parte en desventaja⁴⁷.
58. En estas circunstancias se permite a la parte en desventaja reclamar la renegociación del contrato, lo que deberá formular sin demora injustificada y con indicación de los fundamentos en los que se basa⁴⁸. En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a los Tribunales y si estos determinan que se presenta una situación de excesiva onerosidad o *hardship* y siempre que lo considere razonable, podrán (i) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas o (ii) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

IV. CLÁUSULAS MAC

¿Son de aplicación las cláusulas MAC ('material adverse change') a esa situación?

59. Las cláusulas MAC (*Material Adverse Change o Cambio Material Adverso*) son unas cláusulas utilizadas frecuentemente en contratos de fusiones o compraventa de empresas, en los contratos de financiación sindicada y en contratos de inversión.
60. La función de las cláusulas MAC es la gestión y distribución por las partes contratantes del riesgo inherente al negocio jurídico. El uso de estas cláusulas favorece normalmente al inversor o comprador en la medida en que le faculta a resolver el contrato y desistir de la operación –o, en su caso, a renegociar las condiciones– cuando entre el momento de la firma del contrato y el del cierre de la operación se producen determinadas circunstancias, acontecimientos, cambios o efectos que podrían razonablemente afectar de manera

⁴⁶ Artículo 6.2.1 UNIDROIT.

⁴⁷ Artículo 6.2.2 UNIDROIT.

⁴⁸ Artículo 6.2.3 UNIDROIT.

Pérez-Llorca

adversa y relevante a la transacción. La parte que invoca la aplicación de esta cláusula y resuelve el contrato o renegocia sus términos queda exonerada de responsabilidad, salvo pacto en contrario (i.e. penalización reducida).

61. Para saber si una cláusula MAC aplica a la situación generada por la Crisis del COVID-19 habrá que estar a lo pactado en cada caso concreto en esa cláusula MAC, así como en el resto de cláusulas del contrato.

La información contenida en esta Nota Informativa es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico. Este documento ha sido elaborado el 19 de marzo de 2020 y Pérez-Llorca no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.