



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

Autor: Jaime Hevia Rosso

MUAA (Máster Universitario de Acceso a la Abogacía)

Especialidad en Derecho Jurídico Privado

Tutora: Carmen Temprano Vázquez

Madrid

Enero 2021

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	3
II.	ANTECEDENTES DE HECHO.....	4
III.	DOCUMENTACIÓN EXAMINADA.....	6
IV.	ANÁLISIS DE LAS FIGURAS JURÍDICAS RELEVANTES.....	13
	1. <i>Pacta sunt servanda</i>	13
	2. Caso fortuito y fuerza mayor.....	15
	3. <i>Rebus sic stantibus</i>	22
V.	OBJETO DEL INFORME.....	30
	1. Reducción del precio de la opción de compra por la aplicación de la cláusula <i>rebus sic stantibus</i>	30
	2. Reducción en el precio del ejercicio de la opción de compra debido a la extraordinaria caída de precios en el mercado.....	39
	3. Extensión del plazo para el ejercicio de la opción de compra.....	42
	4. Resolución del contrato de opción de compra.....	45
	5. Consecuencia de la no comparecencia en la Notaría para firmar la compraventa y posibles alternativas.....	48
	6. Posibilidad de rebajar el precio del alquiler por parte del arrendatario en base a la <i>rebus sic stantibus</i>	52
	7. Resolución del contrato de transporte aéreo y rechazo del bono con devolución del precio anticipado.....	58
	8. Derecho a la devolución inmediata del precio del hotel sin tener que negociar su posible sustitución por un bono.....	64
	9. Resolución del contrato de alquiler de vehículo sin penalizaciones convencionales.....	69
	10. Normativa civil aplicable en ausencia del artículo 36.1 del Real Decreto-Ley 11/2020.....	71
VI.	CONCLUSIONES.....	77
	1. Conclusiones en relación con los negocios jurídicos en los que el Señor Peláez actúa como profesional.....	77
	2. Conclusiones en relación con aquellos negocios jurídicos en los que nuestro cliente actúa como usuario.....	80

I. INTRODUCCIÓN

El presente informe tiene como finalidad asesorar al cliente en relación con determinadas cuestiones vinculadas a una serie de negocios jurídicos en los que se ve inmerso. Para cumplir con este propósito: expondremos el caso del cliente, analizaremos en profundidad las figuras jurídicas que tendrán relevancia y examinaremos su adecuación al caso concreto.

Es importante destacar que aún no ha recaído sentencia que resuelva los conflictos jurídicos originados a causa de la pandemia del COVID-19, por lo que hay cierta incertidumbre acerca de cómo se solventarán estas cuestiones en el futuro. No obstante, la asesoría prestada se fundamentará en las líneas jurisprudenciales y doctrinales conocidas hasta la fecha.

El objeto del presente informe no se limitará meramente a examinar la viabilidad de las cuestiones planteadas, sino también tratará de proveer al cliente de suficiente información para que éste pueda tomar sus propias decisiones en base a los riesgos y a las posibilidades de éxito de cada una de las diferentes conductas analizadas.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

El día 7 de marzo de 2020 **Don Antonio Peláez** suscribió un contrato con la entidad ‘**El Ladrillo del Paraíso, S.L.**’ (en adelante, la “**Promotora**”) por el que se le otorgaba un derecho de opción de compra sobre diez viviendas unifamiliares a cambio del pago de un millón de euros (1.000.000 €).

Dicho derecho de opción se podría ejercitar el día 7 de mayo de 2020 en la Notaría “X” de Tenerife, pactándose un precio de diez millones de euros (10.000.000 €) por la adquisición del total de las viviendas.

La razón de ser de este negocio jurídico era la intención del optante de adquirir dichas viviendas para posteriormente arrendárselas a determinados clientes chinos, con los que se encontraba en avanzadas negociaciones, por un período de diez años.

Por otro lado, el mismo día 7 de marzo de 2020, Don Antonio Peláez consigue firmar cinco contratos de arrendamiento a largo plazo para ocupar cinco de las viviendas objeto de negocio, y realiza las siguientes reservas:

- a) Reserva un vuelo de Madrid a Palma de Mallorca (para el día 6 de abril)
- b) Alquila un vehículo de Hertz (para el día 6 de abril)
- c) Reserva una habitación de hotel (desde el día 6 de abril hasta el día 19 del mismo mes)

El 14 de marzo de 2020, con motivo de la pandemia del Covid-19, entró en vigor el Real Decreto 463/2020, que prohibía la realización de viajes excepto por motivos excepcionales, entre los que no se encontraba el negocio del Señor Peláez (en adelante, el “**Sr. Peláez**”).

A consecuencia de esta regulación, y al carecer de cualquier persona de su confianza que le pudiese representar, el Sr. Peláez se ve en la imposibilidad de firmar la ejecución de la opción de compra en la Notaría tinerfeña el día 7 de mayo de 2020.

Asimismo, la Promotora se niega a resolver el contrato o a revisar el precio de la opción de compra, y advierte al Sr. Peláez de que si no comparece en el día y lugar señalado no podrá ejercer la opción de compra, perdiendo así el precio ya abonado.

Es necesario resaltar que durante el transcurso de estos dos meses en los que estaba vigente la opción de compra el precio de las viviendas cayó un 30% debido a la falta de demanda en la zona.

Finalmente, los clientes chinos del Sr. Peláez desaparecen asustados por la gravedad de la pandemia, con la excepción de uno, que pide una rebaja del 30% en su contrato de alquiler invocando la cláusula *rebus sic stantibus*.

III. DOCUMENTACIÓN EXAMINADA

Para la confección del presente informe hemos consultado las siguientes fuentes:

Normativa

- Código Civil.
- Ley de Enjuiciamiento Civil.
- 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.
- Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.
- Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo.
- Orden TMA/247/2020, de 17 de marzo.
- Orden TMA/254/2020, de 18 de marzo.
- Orden SND/257/2020, de 19 de marzo.
- Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015.
- Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011.

Doctrina

- Fernández Seijo, J.M., “Devolver la espada al acreedor enajenado: sobre la aplicación práctica de la cláusula *rebus sic stantibus* en la última jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Diario LA LEY, nº 9607, Editorial Wolters Kluwer, 3 de abril de 2020.

- Sáenz de Jubera Higuero, B., “Cláusula rebus sic stantibus: fundamento y doctrina jurisprudencial sobre su aplicación, presupuestos y efectos”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º 780, julio de 2020, págs. 2.391 a 2.409.
- Estruch Estruch, J., “La aplicación de la *cláusula rebus sic stantibus*”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º. 780, julio de 2020, págs. 2.037 a 2.095.
- Albiñana Cilveti, I., “La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, N.º. 49, 2018, págs. 115-140.
- Castiñeira Jerez, J., “*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevinida de las circunstancias”, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, N.º. 29, julio- diciembre de 2012, págs.. 71 a 106.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio del 2014. Cláusula rebus sic stantibus”, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, N.º. 47, p.361.
- Arpal Andreu, J., “Opción de Compra”, 01 de junio de 2007 (disponible en <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4288-opcion-de-compra/>; última consulta 23/12/2020).
- López-Mendel Báscones, J., “La cláusula rebus sic stantibus. Modificación o resolución de contratos ante la crisis del coronavirus”, Abogacía Española Consejo General, 3 de abril de 2020 (disponible en <https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/la-clausula-rebus-sic-stantibus-modificacion-o-resolucion-de-contratos-ante-la-crisis-del-coronavirus/>; última consulta 27/12/2020).
- Alejandro García-Cerezo, F.M., Luna Yerga, A. y Xiol Bardají, M., “Comentario de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 17

de enero de 2013. RJ 2013\1819”, Revista Aranzadi Doctrinal, Nº. 3, 2013 (junio), p.9.

- Carmelo Llopis, J., “Contratos a distancia ante notario”, 3 de mayo de 2016 (disponible en <http://www.notariallopis.es/blog/i/1370/73/contratos-a-distancia-ante-notario>; última consulta 31/12/2020).
- Rosales de Salamanca Rodríguez, F., “Mandatario verbal”, 27 de junio de 2016 (disponible en <https://www.notariofranciscosales.com/mandatario-verbal/>; última consulta 31/12/2020).
- Fuentes-Lojo Rius, A., “Los efectos jurídicos del Coronavirus en los contratos de arrendamiento de vivienda”, Diario LA LEY, nº 9604, Editorial Wolters Kluwer, 30 de marzo de 2020.
- Ribón Seisdedos, E., “Conflictos que se avecinan entre consumidores y empresarios por razón de una deficiente intervención legislativa”, Editorial Jurídica Sepín, abril de 2020 (disponible en <https://www.sepin.es/cronus4plus/documento/verDoc.asp?dist=82&referencia=SP%2FDOCT%2F104462&cod=0010f80m608K2MS00r05v0041iV0GB01g1yi0FP1S%242A50Ef1LG1jF0E%5F1C30%4000FF0yZ1jG0I10Le2A00Fb01e1zk0Hb03A0XJ0FQ01f0XP0H60Lf0%40G09Q01f01k0JQ0FS1z10G02MV1S70GB07u1Cj0GK2JQ0Vf0GU1T10G9>; última consulta 31/12/2020).
- Carballo Fidalgo, O. “Medidas de protección a los consumidores en materia contractual en el Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19”, Noticias Jurídicas, 2 de abril de 2020 (disponible en <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/15015-medidas-de-proteccion-a-los-consumidores-en-materia-contractual-en-el-real-decreto-ley-11-2020-de-31-de-marzo-por-el-que-se>

adoptan-medidas-urgentes-complementarias-en-el-ambito-social-y-economico-para-hacer-frente-al-covid-19/; última consulta 31/12/2020).

- Marín López, M.J., “EFECTOS DEL COVID-19 EN LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES: EL ART. 36 DEL RD-LEY 11/2020”, Centro de Estudios de Consumo, 11 de abril de 2020 (disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Efectos_del_COVID-19_en_los_contratos_con_consumidores-_el_art_36_del_RD-ley_112020.pdf; última consulta 31/12/2020).
- Ramón y Cajal Abogados, “Incidencias provocadas por el coronavirus (“SARS-COV-2”) en las relaciones jurídico-privadas: en particular, en la cadena de suministro de productos comercializados en el mercado español”, 17 de marzo de 2020 (disponible en <https://www.ramonycajalabogados.com/es/incidencias-provocadas-por-el-coronavirus-en-la-cadena-de-suministro-0#item5>; última consulta 31/12/2020).
- PwC, “Fuerza mayor motivada por enfermedades o epidemias: cancelación de viajes y eventos”, Periscopio Legal y Fiscal, 24 de marzo de 2020 (disponible en <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/fuerza-mayor-motivada-por-enfermedades-o-epidemias-cancelacion-de-viajes-y-eventos/>; última consulta 31/12/2020).
- Simmons & Simmons, “Fuerza mayor: incidencia del Coronavirus en la ejecución de contratos”, 13 de marzo de 2020 (disponible en <https://www.simmons-simmons.com/en/publications/ck7q9h0eq0z0r0905oo65ejty/sobre-la-incidencia-de-las-medidas-gubernamentales-tomadas-con-ocasi-n>; última consulta 13/12/2020).
- Heras Abogados, “No se puede aplicar a las deudas pecuniarias de pago de dinero la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento por caso fortuito o

fuerza mayor”, 1 de julio de 2015, (disponible en <https://www.herasabogados.com/no-se-puede-aplicar-las-deudas/>; última consulta 14/12/2020).

- Wolters Kluwer, “Contrato de hospedaje”(disponible en https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjA0sztbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoApctyxzUAAAA=WKE; última consulta 31/12/2020)
- Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, 2020 (disponible en <https://dpej.rae.es/lema/contrato-de-tracto-sucesivo>; última consulta 31/12/2020)
- “Las medidas de China contra el coronavirus son efectivas, pero ¿se podrían aplicar en España?”, El Diario.es, 11 de marzo de 2020 (disponible en https://www.eldiario.es/internacional/medidas-coronavirus-efectivas-podrian-espana_1_1030720.html; última consulta 30/12/2020).
- “Coronavirus: España contabiliza 10 muertos y más de 450 casos”, Redacción Médica, 7 de marzo de 2020 (<https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/coronavirus-espana-contabiliza-8-muertos-y-374-casos-1496>; última consulta 30/12/2020).
- Departamento de Seguridad Nacional del Gobierno de España, 07 de marzo de 2020, (disponible en <https://www.dsn.gob.es/es/actualidad/sala-prensa/coronavirus-covid-19-07-marzo-2020>; última consulta 23/12/2020).
- Secretaria General de Consumo y Juego, “Derechos de consumidores y usuarios ante la situación provocada por el coronavirus (COVID-19)”, Ministerio de Consumo, 2 de abril de 2020 (disponible en

https://cec.consumo.gob.es/CEC/docs/documentos/noticias/20200326_Actualizacion_nota_derechos_consumidores.pdf; última consulta 31/12/2020).

- CNN Español, 14 de mayo de 2020, (disponible en <https://cnnespanol.cnn.com/2020/05/14/cronologia-del-coronavirus-asi-empezo-y-se-ha-extendido-por-el-mundo-el-mortal-virus-pandemico/>; última consulta 23/12/2020).
- Wolters Kluwer.
- Iberley.
- Noticias jurídicas.
- Mundo jurídico.

Jurisprudencia

- Sentencias del Tribunal Supremo.
- Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (SSAP M núm. 169/2006, de 2 de noviembre 2006; y núm. 21843/2013, de 10 de diciembre de 2013).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 325/2011, de 6 de julio de 2011.
- Auto núm. 124/2020, de 29 de abril de 2020, del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Zaragoza.
- Auto núm. 155/2020, de 30 de abril de 2020, del Juzgado de 1ª Instancia de Madrid nº 60.
- Auto núm. 256/2020, de 25 de junio de 2020, del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Valencia.

- Auto núm. 162/2020, de 7 de julio de 2020, del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Benidorm.
- Auto núm. 55/2020, de 15 de julio de 2020, del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de El Prat de Llobregat.
- Auto núm. 447/2020, de 25 de septiembre de 2020, del Juzgado de 1ª Instancia de Madrid nº 81.

IV. ANÁLISIS DE LAS FIGURAS JURÍDICAS RELEVANTES

1. Principio *pacta sunt servanda*

El principio *pacta sunt servanda*, proveniente del Derecho Romano, sirve como garante de la seguridad jurídica en las relaciones jurídico-privadas, al establecer, tal y como dicta nuestro Código Civil (en adelante, “CC”) en su artículo 1.091, que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y que deben de ser cumplidos según los términos estipulados en los mismos.

Este principio no tiene carácter absoluto y encuentra sus límites en el artículo 1.255 CC que prevé lo siguiente:

“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”.

Por otro lado, el *pacta sunt servanda* está íntimamente relacionado con la autonomía de la voluntad, en tanto en cuanto, los contratantes prestan libremente su consentimiento para llevar a cabo una determinada acción (autonomía de la voluntad) generando una expectativa de cumplimiento en la contraparte, que de no ser satisfecha podría resultarle lesiva (necesidad del *pacta sunt servanda*).

En virtud de lo expuesto y con la pretensión de salvaguardar la buena fe contractual, nuestro ordenamiento jurídico regula en los artículos 1.254, 1.258 y 1.261 CC que los contratos se perfeccionan a través del mero consentimiento cuando una o varias personas se obligan, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio; obligándose no sólo a cumplir lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

A la luz de lo anterior, el *pacta sunt servanda* se compone de una doble vertiente: por un lado positiva, pues obliga a cumplir los pactos en sus estrictos términos; y por otro lado negativa, al excluir del contrato todo aquello que a priori no se hubiese pactado, o que no estuviese regulado legalmente, incluso cuando esto pudiese interferir sobre el plan de acción contractual. Aún así, tal y como hemos visto en el apartado anterior,

lo no previsto sí que podría llegar a tener cierta incidencia en la configuración inicial del contrato, siempre y cuando éste necesitase de una adaptación por medio de la integración de la buena fe contractual u otros elementos de la teoría general de los contratos. ¹

Y es que aunque la autonomía de la voluntad implique una determinada distribución de riesgos en la relación contractual, no es excluido de igual forma aquello que se previó y que se quiso dejar fuera del contrato, que aquello que no se previó, pues esto último no fue consentido y, por tanto, no formaría parte del contrato. ²

Es por este motivo que la imprevisión y la aplicación del *pacta sunt servanda* son totalmente incompatibles, y en consonancia, debe de permitirse que se modifiquen las prestaciones pactadas cuando concurra una alteración de circunstancias relevante, que afecte al contrato y que no fuese prevista en la configuración inicial del mismo. Sin que esto se considerase una excepción o ruptura del principio *pacta sunt servanda*. ³

Cosa distinta sería aquello que debió de ser previsto por el obligado y no lo fue, pues aquí mediaría una falta de diligencia por parte del mismo que, en virtud de la buena fe contractual, no le debería de resultar favorable.

Esta reflexión acerca de la compatibilidad del *pacta sunt servanda* con la integración o modificación de los términos originales del contrato, debido a un cambio de circunstancias que no han sido previstas, pero que tienen un impacto sobre la relación contractual, nos llevará a analizar las figuras jurídicas que se expondrán a continuación.

¹ Castiñeira Jerez, J., “*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias”, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, N^o. 29, julio- diciembre de 2012, p.73.

² Castiñeira Jerez, J., “*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias”, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, N^o. 29, julio- diciembre de 2012, p.76.

³ Castiñeira Jerez, J., “*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias”, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, N^o. 29, julio- diciembre de 2012, p.76.

2. Caso fortuito y fuerza mayor

El caso fortuito y la fuerza mayor son instituciones que implican una alteración de circunstancias, respecto de aquellas concurrentes al tiempo en que se perfeccionó el contrato, que afectan a la esfera de cumplimiento de una relación contractual moderando la responsabilidad de las partes.

El caso fortuito se da cuando nos encontramos ante un cambio de circunstancias fruto de un acontecimiento imprevisible, que de haber sido previsto, podría haber sido evitado por el deudor; este se vincula normalmente a las consecuencias derivadas de catástrofes naturales. Por otro lado, nos referiremos a la fuerza mayor cuando los efectos derivados del suceso fuesen inevitables, con independencia de que hayan sido o no previstos por el deudor; y generalmente se relaciona con la actuación de un tercero.⁴

Esta diferenciación de origen doctrinal no tiene mayor trascendencia, ya que ambos poseen efectos jurídicos similares, e incluso se abordan de forma conjunta en el artículo 1.105 CC:

“Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o, que, previstos, fueran inevitables”.

Como queda reflejado en el citado precepto, el régimen legal del caso fortuito y la fuerza mayor (en adelante, referenciadas conjuntamente como **“fuerza mayor”**) es dispositivo. En este sentido, no solo se podrán pactar los efectos de la fuerza mayor, sino también en qué casos entienden las partes que nos encontramos ante tal evento.

Por este motivo, si se hubiese estipulado contractualmente algo acerca de esta institución, lo primero que deberíamos de hacer es analizar si los acontecimientos

⁴ Wolters Kluwer, “Responsabilidad contractual”(disponible en [15](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTcwNDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA0uQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAZ3N9_jUAAAA=WKE; última consulta 13/12/2020)</p></div><div data-bbox=)

previstos constituyen una lista cerrada de eventos o una lista abierta, pudiendo haberse excluido la aplicación de la fuerza mayor para todos los casos.⁵

Posteriormente, se interpretará el contenido de esta cláusula, sobre todo en función de su literalidad (artículo 1.281 CC), pero sin excluir la relevancia de otros criterios hermenéuticos, como el teleológico -que interpreta la intención de los contratantes en relación con la situación conflictiva- (artículo 1.283 CC) y el sistemático -que trata de identificar la finalidad del contrato poniendo en relación todas las cláusulas del mismo y examinando el impacto que hubiese podido tener el incumplimiento sobre dicha finalidad- (artículo 1.285 CC).⁶

Además, en contratos con consumidores y usuarios, las cláusulas que limiten la apreciación de la fuerza mayor, generalmente, serán consideradas cláusulas abusivas, pues en virtud del artículo 130 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, serán ineficaces frente al consumidor perjudicado las cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad civil.

Por otro lado, cabe decir que nuestro derecho positivo no define los requisitos para que aplique la fuerza mayor, por lo que la jurisprudencia ha señalado los siguientes criterios para su apreciación:⁷

- a) El suceso ha de ser imprevisible e inevitable, y la carga de la prueba corresponderá a quien lo alegue a su favor.

⁵ Simmons & Simmons, “Fuerza mayor: incidencia del Coronavirus en la ejecución de contratos”, 13 de marzo de 2020 (disponible en <https://www.simmons-simmons.com/en/publications/ck7q9h0eq0z0r0905oo65ejty/sobre-la-incidencia-de-las-medidas-gubernamentales-tomadas-con-ocasi-n>; última consulta 13/12/2020)

⁶ Simmons & Simmons, “Fuerza mayor: incidencia del Coronavirus en la ejecución de contratos”, 13 de marzo de 2020 (disponible en <https://www.simmons-simmons.com/en/publications/ck7q9h0eq0z0r0905oo65ejty/sobre-la-incidencia-de-las-medidas-gubernamentales-tomadas-con-ocasi-n>; última consulta 13/12/2020)

⁷ Simmons & Simmons, “Fuerza mayor: incidencia del Coronavirus en la ejecución de contratos”, 13 de marzo de 2020 (disponible en <https://www.simmons-simmons.com/en/publications/ck7q9h0eq0z0r0905oo65ejty/sobre-la-incidencia-de-las-medidas-gubernamentales-tomadas-con-ocasi-n>; última consulta 13/12/2020)

- b) El evento constitutivo de la fuerza mayor deberá darse con posterioridad a la celebración del contrato.
- c) Debe de darse el acontecimiento con total ausencia de culpa por parte de quien lo alega (por ejemplo, el deudor no podría hallarse en situación de morosidad).
- d) Para valorar la concurrencia de un suceso desencadenante de fuerza mayor habrá de estarse a la normal y razonable previsión que las circunstancias exijan adoptar en el caso concreto.
- e) El que invoque la fuerza mayor habrá de actuar en todo momento de buena fe y adoptar todas las medidas necesarias para mitigar los efectos perjudiciales que se deriven de tal evento.

Así mismo es importante resaltar que la fuerza mayor no opera automáticamente en eventos que, en abstracto, podrían ser considerados constitutivos de fuerza mayor, sino que la concurrencia de la fuerza mayor habrá de analizarse caso por caso, valorando todas las circunstancias que rodeen el contrato (el sector empresarial afectado, la naturaleza del contrato, la información de la que dispusiesen las partes, etc.), así como el impacto que haya tenido el suceso desencadenante de la fuerza mayor sobre las conductas de las partes y sobre la finalidad última del contrato.

El alcance de la fuerza mayor puede ser de diversa índole dependiendo de la situación en la que se desarrolle, en este sentido, la jurisprudencia le ha atribuido tres efectos distintos:

1. Libera al deudor de la obligación por imposibilidad total y definitiva (artículos 1.182 y 1.184 CC):⁸

El Tribunal Supremo sienta los presupuestos para que se dé esta consecuencia en sus Sentencias de 30 de abril de 2002; de 13 de mayo de 2008; y de 5 de junio de 2014; que exigen que, de conformidad con criterios objetivos, el imposible

⁸ Arcas Sario, M.J., “Imposibilidad de cumplimiento de la obligación”, 12 de noviembre de 2014 (disponible en <https://www.mundojuridico.info/imposibilidad-de-cumplimiento-de-la-obligacion/>; última consulta 13/12/2020)

cumplimiento de la obligación se deba a una causa que sea física o legal, objetiva, duradera y no imputable al deudor.

Dicha imposibilidad ha de ser definitiva (no temporal) y sólo procederá cuando no sea posible la modificación racional del contenido de la prestación salvaguardando la finalidad principal del contrato (STS de 11 de noviembre de 1987).

En estos casos el deudor quedará liberado de su obligación, pudiendo el acreedor resolver el contrato por imposibilidad sobrevenida, pero no por la vía del incumplimiento contractual. Esto tiene especial trascendencia, pues en tal caso no procederá la indemnización por daños y perjuicios o cualquier otra sanción convencionalmente pactada, salvo cuando otra cosa se hubiese dispuesto en el contrato.

Además, en el caso de las obligaciones recíprocas -que son aquellas en las que hay un claro vínculo sinalagmático entre las prestaciones de cada una de las partes, como por ejemplo, en una compraventa, donde uno paga un precio y el otro a cambio le entrega un bien-, cuando el deudor incumpla su contraparte también quedará liberada de su obligación, aunque esta no se haya visto comprometida por el supuesto constitutivo de fuerza mayor. Esto se debe a razones de equidad y para evitar un enriquecimiento injusto por parte del deudor.⁹

2. Dispensa de la obligación de abonar los daños y perjuicios (artículo 1.105 CC):¹⁰

En derecho de contratos cuando una parte incumple la prestación a la que está sometida, como regla general, le será de aplicación el artículo 1.101 CC, y en su

⁹ Simmons & Simmons, “Fuerza mayor: incidencia del Coronavirus en la ejecución de contratos”, 13 de marzo de 2020 (disponible en <https://www.simmons-simmons.com/en/publications/ck7q9h0eq0z0r0905oo65ejty/sobre-la-incidencia-de-las-medidas-gubernamentales-tomadas-con-ocasi-n>; última consulta 13/12/2020)

¹⁰ Iberley, “Supuestos de exoneración de la responsabilidad civil extracontractual: Legítima defensa, estado de necesidad, consentimiento, caso fortuito y fuerza mayor y culpa exclusiva del perjudicado o víctima”(disponible en <https://www.iberley.es/temas/supuestos-exoneracion-responsabilidad-civil-extracontractual-60148>; última consulta 13/12/2020)

virtud el deudor deberá de abonarle al acreedor insatisfecho los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le hubiese ocasionado.

No obstante, como ya hemos expuesto con anterioridad, el principal efecto de la fuerza mayor es que el deudor no deba de responder de los efectos que hubieran podido preverse o los que previstos fueran inevitables. Y por este motivo cuando sea de aplicación esta institución no procederá el abono de daños y perjuicios, ni desplegará sus efectos cualquier otra cláusula penal, salvo pacto en contrario.

En el caso de las obligaciones recíprocas la parte que cumpliera podrá exigir el cumplimiento tardío de la obligación -si esta fuese aún posible- o la resolución de la obligación, si bien al acaecer un supuesto de fuerza mayor ésta no tendrá derecho al abono de los daños y perjuicios, lo que supone una excepción al artículo 1.124 CC:¹¹

“La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo (...)”

¹¹ Simmons & Simmons, “Fuerza mayor: incidencia del Coronavirus en la ejecución de contratos”, 13 de marzo de 2020 (disponible en <https://www.simmons-simmons.com/en/publications/ck7q9h0eq0z0r0905oo65ejty/sobre-la-incidencia-de-las-medidas-gubernamentales-tomadas-con-ocasi-n>; última consulta 13/12/2020)

3. Modifica o resuelve el contrato: ¹²

Si la prestación a cargo de una de las partes se tornase imposible y esta se acoge al expediente de fuerza mayor, los contratantes podrían adaptar las prestaciones a las nuevas circunstancias, pudiendo así cumplir con la finalidad común perseguida por el contrato.

Si dicha modificación no fuese posible las partes también podrán optar por la resolución del contrato por imposibilidad sobrevenida, restituyéndose en las prestaciones ya efectuadas (artículo 1.303 CC).

De hecho, nuestro propio ordenamiento jurídico prevé la modificación contractual debido a la concurrencia de un supuesto de fuerza mayor en el artículo 1.575 CC:

“El arrendatario no tendrá derecho a rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos proveniente de casos fortuitos ordinarios; pero sí, en caso de pérdida de más de la mitad de frutos, por casos fortuitos extraordinarios e imprevistos, salvo siempre el pacto especial en contrario.

Entiéndese por casos fortuitos extraordinarios: el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro igualmente desacostumbrado, y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever.”

Cabe mencionar que la fuerza mayor puede ser simplemente temporal, en cuyo caso la prestación no sería exigible durante el lapso de tiempo en el que el acontecimiento constitutivo de fuerza mayor desplegara sus efectos. Durante este tiempo el deudor tampoco incurriría en mora. Sin embargo, una vez la causa que propiciase la fuerza

¹² Arcas Sario, M.J., “Imposibilidad de cumplimiento de la obligación”, 12 de noviembre de 2014 (disponible en <https://www.mundojuridico.info/imposibilidad-de-cumplimiento-de-la-obligacion/>; última consulta 13/12/2020)

mayor se hubiese desvanecido la obligación volvería a ser plenamente exigible en los términos pactados.

En el caso de las obligaciones recíprocas, el acreedor de la prestación que se encontrase suspendida por una causa de fuerza mayor transitoria también podría suspender la satisfacción de la prestación a la que él mismo estuviese obligado, aunque esta no se viese afectada por la fuerza mayor, hasta el momento en el que ambas prestaciones pudiesen cumplirse de forma simultánea.¹³

Por otra parte, no sería posible que el deudor alegue imposibilidad alguna sobre obligaciones genéricas, pues estas siempre pueden ser sustituidas por otra de igual género. De este modo, no se puede invocar en las deudas pecuniarias de pago de dinero la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento por fuerza mayor (STS 266/2015 de 19 de mayo), salvo en el supuesto excepcional de que se dé un corralito, donde realmente no se podría acceder al dinero.¹⁴

¹³ Wolters Kluwer, “Exceptio non adimpleti contractus”(disponible en [¹⁴ Heras Abogados, “No se puede aplicar a las deudas pecuniarias de pago de dinero la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor”, 1 de julio de 2015, \(disponible en \[21\]\(https://www.herasabogados.com/no-se-puede-aplicar-las-deudas/; última consulta 14/12/2020\)</p></div><div data-bbox=\)](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjMzMTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoApTR-eTUAAAA=WKE; última consulta 14/12/2020)</p></div><div data-bbox=)

3. Rebus sic stantibus

La *rebus sic stantibus* (en adelante, “*rebus*”) es una cláusula inherente a todos los contratos que prevé que si acaeciese un supuesto extraordinario e imprevisible que causase un desequilibrio prestacional o la excesiva onerosidad para una de las partes, y que llevase a la frustración de la finalidad común del contrato, este podría modificarse o resolverse.

Esta figura jurídica prevista en el Derecho Foral Navarro, en varios ordenamientos jurídicos europeos ¹⁵ y en determinados textos de armonización e interpretación de los contratos,¹⁶ surge en nuestro ordenamiento a través de la doctrina, pero sobre todo por medio de la jurisprudencia; encontrando su fundamento en la buena fe contractual (artículo 1.258 CC) y en la conmutatividad de los negocios jurídicos. ¹⁷

Para que esta cláusula tenga virtualidad ha de existir un cambio de circunstancias entre el momento de perfeccionarse el contrato y el momento en el que este se ejecuta. Y sólo será de aplicación en los contratos de tracto sucesivo -“*aquel por el que un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente de forma más o menos permanente en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada o determinable, dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato. Constituyen los contratos de suministro el paradigma de los de tracto sucesivo* (STS 161/2012, de 21 de marzo de 2012)”- ¹⁸ o en los contratos de tracto único, siempre y cuando, su ejecución se

¹⁵ Artículos 1.467 y 1.468 del CC italiano; y artículo 437 del CC portugués

¹⁶ Como en los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (artículo 6.2.2) o los Principios de derecho europeo de contratos (artículo 6.111)

¹⁷ Sáenz de Jubera Higuero, B., “Cláusula rebus sic stantibus: fundamento y doctrina jurisprudencial sobre su aplicación, presupuestos y efectos”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º 780, julio de 2020, p.2.393.

¹⁸ Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, 2020 (disponible en <https://dpej.rae.es/lema/contrato-de-tracto-sucesivo>; última consulta 31/12/2020)

encuentre diferida; nunca en contratos de tracto único de ejecución instantánea, pues en estos casos difícilmente podrá darse una alteración de circunstancias.¹⁹

Como hemos mencionado la aplicación de la *rebus* supone la resolución o la modificación de la relación contractual, si bien los jueces han preferido optar por sus efectos modificativos, pues estiman que dicha institución se corresponde mejor con la naturaleza de los contratos de tracto sucesivo o de larga duración, teniendo en cuenta que acostumbran a ser los afectados por esta, y que también se adecuan mejor al principio de conservación de los actos y negocios jurídicos (STS 591/2014, de 15 de octubre).²⁰

La cláusula *rebus* se tiene por puesta en todos los contratos, a no ser que se pactase lo contrario o que se previese expresamente el cambio de circunstancias que originase la situación controvertida. De este modo, primaría la autonomía de la voluntad y se tendría que estar al *pacta sunt servanda*. En esta línea encontramos la STS 679/2013, de 18 de octubre, que estima que no cabe la exoneración del deudor por los cambios de circunstancias que fueron previstos en el contrato o por los que “razonablemente, deberían haberlo sido, ya para evitarlos o superarlos, ya para evitar o superar sus consecuencias”.²¹

Es importante resaltar que la *rebus* es una cláusula “peligrosa” (STS de 17 de mayo de 1957) y que, por tanto, su aplicación es subsidiaria por no haber ningún otro remedio (STS de 27 de abril de 2012; de 23 de abril de 2012 y de 20 de noviembre de 2009).²²

¹⁹ Sáenz de Jubera Higuero, B., “Cláusula *rebus sic stantibus*: fundamento y doctrina jurisprudencial sobre su aplicación, presupuestos y efectos”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º 780, julio de 2020, pp.2.400 y 2.401.

²⁰ Sáenz de Jubera Higuero, B., “Cláusula *rebus sic stantibus*: fundamento y doctrina jurisprudencial sobre su aplicación, presupuestos y efectos”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º 780, julio de 2020, p.2.404.

²¹ Albiñana Cilveti, I., “La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, N.º. 49, 2018, p.118

²² Sáenz de Jubera Higuero, B., “Cláusula *rebus sic stantibus*: fundamento y doctrina jurisprudencial sobre su aplicación, presupuestos y efectos”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º 780, julio de 2020, p.2.396.

Además, la tendencia jurisprudencial en relación con la apreciación de la *rebus* ha sido muy dispar; al principio la dificultad para que se diesen sus requisitos la hacía prácticamente inexistente; más tarde hubo un acercamiento a su normal implementación, sobre todo durante los años 2013 y 2014 -tendencia que se piensa que puede ser retomada debido al carácter tan novedoso y extraordinario de la pandemia del COVID-19-; para más tarde volver a ser más restrictiva en la apreciación de sus criterios, propiciando una tendencia intermedia entre la primera y la segunda.

Indagando un poco en sus orígenes encontramos que la institución de la *rebus* se abrió un hueco en nuestro ordenamiento a raíz de los contratos que se vieron afectados por el estallido de la Guerra Civil (1936-1939), reconociéndose por primera vez su posible aplicación teórica en la STS de 14 de diciembre de 1940.²³

Los requisitos para su aplicación eran muy rígidos e inflexibles, tal y como hemos comentado y como se desprende de la STS de 16 de octubre de 1989 “*su admisión requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobrevivencia de circunstancias radicalmente imprevisibles*”.²⁴

Sin embargo, como consecuencia de la crisis económica de 2008, aunque los criterios continuasen siendo los mismos, la jurisprudencia flexibilizó su apreciación, persiguiendo una aplicación más normalizada de esta figura jurídica.

²³ Estruch Estruch, J., “La aplicación de la *cláusula rebus sic stantibus*”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º. 780, julio de 2020, p. 2.048.

²⁴ Sáenz de Jubera Higuero, B., “Cláusula *rebus sic stantibus*: fundamento y doctrina jurisprudencial sobre su aplicación, presupuestos y efectos”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º 780, julio de 2020, p. 2.395.

Para ilustrar este cambio nos resultará de gran ayuda analizar la STS 591/2014, de 15 de octubre, que aborda el criterio de imprevisibilidad de la siguiente manera: ²⁵

“la nota de imprevisibilidad no debe apreciarse respecto de una abstracta posibilidad de producción de la alteración o circunstancia determinante del cambio considerada en sí mismo, esto es, que la crisis económica es una circunstancia cíclica que hay que prever siempre, con independencia de las peculiares características y alcance de la misma en el contexto económico y negocial en el que incide”, sino en atención a las circunstancias del acontecimiento en concreto, al ámbito de control de la parte desfavorecida y al reparto de riesgos previstos en el contrato, valorando estos rasgos de conformidad con el criterio de “razonabilidad”.

Así mismo, siguiendo esta línea, la STS núm. 64/2015, de 24 de febrero, reconoce la crisis económica de 2008 como un hecho notorio, relajando la carga de la prueba por parte del contratante que la invoca. No obstante, éste seguiría teniendo que probar el impacto que hubiese tenido la crisis sobre la prestación que le correspondiese realizar, evitando así que la normalización de esta institución se convirtiese en un aliciente para el incumplimiento por parte de deudores oportunistas (STS 237/2015, de 23 de abril). ²⁶

Por otro lado, la Sentencia núm. 333/2014 señala dos criterios para valorar si en un caso en particular concurre una alteración de circunstancias suficientemente significativa como para aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*:

“a) En primer lugar, la «doctrina de la base del negocio». Se trata de comparar o contrastar el alcance del cambio de circunstancias respecto de la finalidad del contrato y del equilibrio prestacional previsto en el mismo. En esa comparación se debe atender tanto a la base objetiva como a la subjetiva del contrato. Según el

²⁵ Albiñana Cilveti, I., “La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, N.º. 49, 2018, p. 121.

²⁶ Sáenz de Jubera Higuero, B., “Cláusula *rebus sic stantibus*: fundamento y doctrina jurisprudencial sobre su aplicación, presupuestos y efectos”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º 780, julio de 2020, pp. 2.402 y 2.403.

Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de junio de 2014, 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: i) 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. ii) La conmutatividad del contrato, expresada en la equivalencia o proporción entre las prestaciones, desaparece prácticamente o se destruye, de suerte que no puede hablarse ya del juego entre prestación y contraprestación. Y, por su parte, «complementariamente, el contraste de la denominada base subjetiva del negocio nos permite llegar a idéntica conclusión en aquellos supuestos en donde la finalidad económica del negocio para una de las partes, no expresamente reflejada, pero conocida y no rechazada por la otra, se frustra o deviene inalcanzable tras la mutación o cambio operado».

b) El segundo criterio sería el denominado «riesgo normal del contrato» («el aleas o marco de riesgo establecido o derivado del negocio»). En este caso «el contraste se realiza entre la mutación o cambio de circunstancias y su imbricación o adscripción con los riesgos asignados al cumplimiento del contrato ya por su expresa previsión, o bien por su vinculación con los riesgos propios que se deriven de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato, de forma que para la aplicación de la figura el cambio o mutación, configurado como riesgo, debe quedar excluido del “riesgo normal” inherente o derivado del contrato». Por tanto, al no poder hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato, la cláusula rebus sic stantibus no sería aplicable (vid. STS núm. 333/2014, de 30 de enero, STS núm. 64/2015, de 24 de febrero, STS núm. 477/2017, de 20 de julio, STS núm. 452/2019, de 18 de julio, y STS núm. 5/2019, de 9 de enero, entre otras)”.²⁷

De igual modo, habría que tomar en consideración las condiciones personales de los contratantes para valorar la imprevisibilidad del evento, pues por ejemplo, lo que es

²⁷ Sáenz de Jubera Higuero, B., “Cláusula rebus sic stantibus: fundamento y doctrina jurisprudencial sobre su aplicación, presupuestos y efectos”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º 780, julio de 2020, p.2398.

previsible para un profesional podría no serlo para un no profesional (STS de 22 de abril de 2014).²⁸

Además, si se hubiese pactado alguna cláusula de revisión, estabilización, actualización de precio o de la prestación, ya no podría activarse la cláusula *rebus*, pues se consideraría que indirectamente la circunstancia controvertida ya había sido prevista en el contrato (SSTS de 27 de abril de 2012 y de 30 de junio de 2014).²⁹

Otro factor necesario para la aplicación de esta figura, sería, al igual que ocurría con la fuerza mayor, que no se le pudiera imputar el cambio de circunstancias al deudor; no procediendo la *rebus* cuando el deudor se hallase en situación de morosidad (STS de 15 de noviembre de 2000).³⁰

También se valorará la asunción de riesgos por parte de quien alegue la *rebus*, negando nuestra jurisprudencia su adecuación en los contratos aleatorios (STS de 29 de octubre de 2013) y reconociendo una mayor disponibilidad al riesgo en las operaciones especulativas. Cuando no se previese un reparto de riesgos específico en el contrato se deberá valorar éste de conformidad con el “riesgo normal” del contrato, según la propia naturaleza del mismo.³¹

Por otro lado, para que se aplique la *rebus* la alteración de circunstancias tendrá que haber sido de tal magnitud que rompa la equivalencia de las prestaciones a las que las partes están obligadas o conlleve una excesiva onerosidad para una de ellas (SSTS de 30 de junio de 2014, de 15 de octubre de 2014 y de 24 de febrero de 2015).

²⁸ Albiñana Cilveti, I., “La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Nº. 49, 2018, p. 119.

²⁹ Albiñana Cilveti, I., “La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Nº. 49, 2018, p. 124.

³⁰ Albiñana Cilveti, I., “La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Nº. 49, 2018, p. 121.

³¹ Albiñana Cilveti, I., “La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Nº. 49, 2018, pp. 121 y 122.

Bajo la noción de excesiva onerosidad entendemos que el cambio de circunstancias implica para la parte afectada un incremento en el coste de ejecución de la prestación o una disminución del valor de la contraprestación que percibe.

En esta línea la Sentencia de 15 de octubre de 2014, para analizar si concurre la excesiva onerosidad se centra en lo siguiente: ³²

1. Tiene en cuenta la actividad económica o empresarial del que deba de realizar la prestación
2. Analiza la existencia de un incremento de los costes de preparación y ejecución de la prestación cuando por la alteración de circunstancias la parte obligada genere pérdidas reiteradas o no obtenga margen de beneficio alguno
3. Dilucida si el resultado negativo resulta de la prestación debida, sin analizar otros criterios de valoración

Es importante destacar que la excesiva onerosidad o la ruptura de equivalencia no puede suponer la imposibilidad de cumplimiento, pues en ese caso estaríamos ante un supuesto de imposibilidad sobrevenida y, por tanto, deberíamos de acudir a la fuerza mayor.

Asimismo, la Sentencia 156/2020, de 6 de marzo, introduce que la cláusula *rebus sic stantibus* solo será aplicable en los contratos de larga duración, pues en los contratos de corta duración difícilmente se dará una alteración sobrevenida de las circunstancias.

Esta desafortunada sentencia, que se dictó poco antes de la crisis sanitaria del COVID-19, ha sido muy criticada por la doctrina, pues la “larga duración” de un contrato es un concepto jurídico indeterminado que puede llevar a cierta arbitrariedad. Y es que, a fin de cuentas, la corta o larga duración del contrato dependerá de la naturaleza del contrato ante el que nos encontremos, así como de sus características.

³² Albiñana Cilveti, I., “La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Nº. 49, 2018, p. 127.

Finalmente, llegados a este punto, en el que hemos discutido el efecto de la fuerza mayor modificativa y la cláusula *rebus sic stantibus*, conviene diferenciar el marco de aplicación de ambas figuras jurídicas.

La diferenciación básica es que la fuerza mayor modificativa puede desplegar sus efectos sobre cualquier tipo de contrato, mientras que la aplicación de la *rebus* se limita a los contratos de tracto sucesivo y a los de tracto único con ejecución diferida (teniendo que ser estos de “larga duración”).

Además, en la fuerza mayor la alteración de circunstancias hace imposible el cumplimiento de la prestación a cargo de una de las partes, mientras que en la *rebus* el contrato simplemente causa una excesiva onerosidad para uno de los contratantes o rompe la equivalencia de las prestaciones (conmutatividad del negocio jurídico).

Y por último, la fuerza mayor no opera en las obligación que consistiesen en el pago de dinero, mientras que la *rebus* sí.

V. OBJETO DEL INFORME

1. Reducción del precio de la opción de compra por la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*

Comenzaremos diciendo que la opción de compra es un contrato atípico. Esto significa que no viene regulado en nuestro ordenamiento jurídico (aunque se reconozca su existencia en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario); sin embargo, este encuentra su fundamento en la autonomía de la voluntad (artículo 1.255 CC) y sus características se han ido matizando a través de la doctrina jurisprudencial.

A este respecto conviene destacar la Sentencia de 18 de abril de 1978, que estima que para su válida aplicación deberá de reunir los siguientes requisitos: ³³

"primero: existencia de un convenio expreso entre las partes (art. 14, párrafo 1º, del Reglamento Hipotecario, de 14 de Febrero de 1947), en el que con toda claridad, y de acuerdo con lo preceptuado por el art. 1262, aparezca el concurso de voluntades entre quienes lo suscriben, por tratarse de un pacto consensual, y la expresión clara y específica de la finca y objeto sobre el que recaiga, así como del precio que se fije para su posible adquisición por el optante".

Generalmente, el contrato de opción de compra, salvo que se pacte lo contrario, se configura como un contrato unilateral en el que el concedente le reserva al optante un derecho de compra en exclusiva durante un plazo determinado.

La existencia de este plazo en ningún caso puede llevar a la creencia de que este contrato es un contrato de tracto sucesivo, pues la prestación no se fracciona de ningún modo. Se tratará entonces de un contrato de tracto único un poco peculiar, en tanto en cuanto, la prestación despliega sus efectos desde que se perfecciona el contrato hasta que finalmente se ejecuta o no la opción por parte del optante, momento en el que se consuma o se extingue la obligación. Y es que en definitiva este plazo tan solo responde a la particular

³³ Arpal Andreu, J., "Opción de Compra", 01 de junio de 2007 (disponible en <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4288-opcion-de-compra/>; última consulta 23/12/2020)

naturaleza del contrato, que pretende evitar que el concedente quede indefinidamente vinculado a su obligación.

En el supuesto objeto de análisis, el contrato de opción de compra se perfecciona el día 7 de marzo de 2020, pudiendo el optante ejecutar dicha opción dos meses más tarde en la Notaría de Tenerife. Cabe destacar que de nuestro contrato no se deriva ninguna prestación unilateral, sino que se compone de una obligación recíproca, por la que el concedente se obliga a reservarle al optante el derecho de compra en exclusiva sobre el complejo de viviendas; mientras que a su vez el optante le paga a cambio la cantidad de un millón de euros.

Siendo la pretensión del deudor, en este punto, la reducción del referido importe, quedará descartada la fuerza mayor, pues no concurre ninguna causa que imposibilite al deudor acceder a un bien genérico como es el dinero. De hecho, incluso si el deudor cayera en insolvencia y, por ende, le fuese imposible hacer frente a la deuda contraída, ésta tampoco podría ser aludida, pues la imposibilidad sobrevenida no es aplicable a las deudas de pago de dinero (STS de 13 de julio de 2017).

Por otra parte, sí que podríamos acudir a la cláusula *rebus*, pues nos encontramos ante un contrato único con ejecución, al menos, “parcialmente” diferida.

A estos efectos, debemos de recordar los requisitos para la aplicación de la *rebus* y examinar su adecuación a nuestro caso:

(a) Carácter sobrevenido de las circunstancias:

La alteración de circunstancias se dio el día 14 de marzo que fue cuando se publicó el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para así frenar la propagación de la pandemia del COVID-19. Siendo éste el que puso de manifiesto la gravedad de la pandemia en España provocando la huida de los clientes chinos y la caída de precios del complejo de viviendas objeto de contrato.

Asimismo, el cambio de circunstancias se da entre la perfección del contrato (el día 7 de marzo) y su ejecución (el día 7 de mayo).

(b) Concurrencia de un cambio de circunstancias extraordinario e imprevisible:

Estos dos presupuestos han de darse de forma cumulativa (SSTS de 21 de mayo de 2009; de 27 de mayo de 2002 y de 29 de mayo de 1996). En este sentido, *“una guerra, una catástrofe natural, incluso la crisis económica son factores extraordinarios aunque muchos de ellos previsibles, del mismo modo que no todo lo imprevisible —como la muerte temprana de una persona— es per se extraordinario. Si bien lo extraordinario es más difícil de prever y evitarse”*.³⁴ Esta definición pone de manifiesto que una pandemia sí que podría constituir un suceso extraordinario.

Por otro lado, el cambio de tendencia jurisprudencial anteriormente referido, apunta a que la nota de imprevisibilidad no ha de medirse de conformidad con la abstracta posibilidad de producción de un hecho por ser cíclico, como sería una crisis económica o, en este caso, una pandemia, sino en atención al contexto negocial en el que incide y a su previsibilidad de conformidad con los criterios de razonabilidad (STS de 15 de octubre de 2014).

En el contexto socio-cultural en el que nos encontrábamos el día 7 de marzo de 2020 era imposible prever la gravedad de la crisis del Coronavirus, puesto que el número de infectados en Europa (7.264) y de fallecidos (219); correspondiendo a España 430 contagios y 9 muertes; no era especialmente preocupante si lo comparamos con otras muchas enfermedades conocidas, más aún tratándose de una situación sin precedentes. Además, las medidas de restricción a la movilidad se dieron por primera vez en Europa en Lombardía (Italia) el día 8 de marzo de 2020, un día después de la perfección del contrato.^{35 y 36}

³⁴ Albiñana Cilveti, I., “La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Nº. 49, 2018, p. 118.

³⁵ CNN Español, 14 de mayo de 2020, (disponible en <https://cnnespanol.cnn.com/2020/05/14/cronologia-del-coronavirus-asi-empezo-y-se-ha-extendido-por-el-mundo-el-mortal-virus-pandemico/>; última consulta 23/12/2020)

³⁶ Departamento de Seguridad Nacional del Gobierno de España, 07 de marzo de 2020, (disponible en <https://www.dsn.gob.es/es/actualidad/sala-prensa/coronavirus-covid-19-07-marzo-2020>; última consulta 23/12/2020)

En relación con las condiciones personales del deudor cabe decir que el Sr. Peláez no ostenta ningún tipo de formación médica y, que siendo ésta una crisis sanitaria, su condición de profesional en el sector inmobiliario no le permitía conocer o poder prever los efectos de la misma, por lo menos al tiempo de firmar el contrato de opción de compra.

(c) No imputabilidad del cambio de circunstancias:

Basta decir a este respecto que la creación y propagación de la COVID-19, al igual que sus efectos sobre el mercado inmobiliario, son del todo ajenos al Sr. Peláez; hecho que es notorio. Éste tampoco desaconsejó a sus potenciales clientes chinos venir a España, ni llevó a cabo ningún tipo de actuación que pudiese perjudicar su negocio jurídico con la Promotora, y tampoco había incurrido en mora.

(d) No asunción del riesgo por la parte desventajada:

En este punto cobra una importancia fundamental lo que hubiesen pactado las partes, pues la *rebus* tiene un régimen dispositivo. De este modo, las partes pudieron haber acordado qué entendían como una alteración sobrevenidas de circunstancias y cual sería su alcance, excluyendo la apreciación de esta institución en algunos o en todos los supuestos.

Por otro lado, cualquier cláusula de revisión, estabilización, actualización de precio o de la prestación, desplazaría la aplicación de la cláusula *rebus*, pues entonces se consideraría prevista dicha alteración de circunstancias y tendría que estarse a lo pactado (SSTS de 27 de abril de 2012 y de 30 de junio de 2014).

Cuando nada de esto se hubiese pactado, para determinar el grado de asunción de riesgo por parte del Sr. Peláez habrá que atender al “riesgo normal” del contrato (STS núm. 333/2014):

Este criterio examina los riesgos asumidos por el deudor para discernir si el optante ha tenido “mala suerte” en su negocio jurídico o si por el contrario ha

sido “el único culpable de su propio destino”. En su determinación se analizarán los riesgos expresamente asumidos en el contrato y, a falta de estos, los que se desprendan del riesgo normal del contrato según su naturaleza, ósea de los riesgos típicos presentes en un contrato de opción de compra.

En este sentido, cabe decir que nuestro cliente no se dispuso a un riesgo especialmente elevado, pues la suscripción del contrato de opción de compra no partió de una decisión especulativa, ni mucho menos aleatoria, sino de un estudio de mercado en el que el optante ya había llegado a avanzadas negociaciones con una pluralidad (veinte) de potenciales clientes; prueba de ello es que firmó con cinco de éstos contratos de arrendamiento a largo plazo el mismo día en el que se perfeccionó el contrato de opción de compra.

Por otro lado, la fluctuación normal del mercado inmobiliario es un suceso predecible, que las partes asumen, pero en ningún caso lo es que un complejo de viviendas, sin riesgos aparentes, llegue a reducir su valor en un 30% en tan solo dos meses; que fue el plazo que se le otorgó para ejercer la opción.

En consecuencia, teniendo en cuenta la magnitud de la depreciación del complejo de viviendas en un periodo tan corto de tiempo, así como el análisis de mercado llevado a cabo por el Sr. Peláez, no parece que el riesgo normal de un contrato de opción de compra conlleve la asunción por parte del optante de las consecuencias que finalmente se dieron a causa de la pandemia.

(e) Equivalencia de las prestaciones o excesiva onerosidad:

Bajo la noción de excesiva onerosidad entendemos un cambio de circunstancias que implique para la parte desventajada un incremento en el coste de ejecución de la prestación o una disminución en el valor de la contraprestación que esta recibe.

En este caso apreciamos una disminución en la contraprestación recibida, pues inicialmente el deudor pagó una prima de un millón de euros por la opción de compra de un complejo de viviendas valorado en diez millones de euros. Sin

embargo debido al cambio de circunstancias las viviendas se depreciaron en un 30%, lo que nos llevaría a pensar que dicha reducción del 30% también debería de ser de aplicación a la opción de compra.

No obstante, tal y como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2010, este razonamiento no es válido:

“una vez perfeccionada la compraventa, la dilación en su consumación puede suponer que, por la revalorización o depreciación de la cosa vendida, el precio pactado no coincida con el que se fija usualmente para la adquisición o venta de bienes similares, pero ello por sí solo no faculta a ninguna de las partes para requerir el incremento o disminución del precio estipulado”.

Por lo tanto, lo verdaderamente relevante será probar que después del cambio de circunstancias, que propició la desaparición de los clientes chinos, el pago de un millón de euros como prima es excesivo, llevando a la frustración de la finalidad económica del contrato por conducir al optante a un resultado reiterado de pérdidas o a la completa desaparición de cualquier margen de beneficio; analizando en su determinación tan solo éste negocio jurídico (STS 15 de octubre de 2014).

Esto lo lograremos a través del análisis de una institución conocida como “doctrina de la base de negocio”, que históricamente ha sido de gran ayuda a la hora de juzgar la aplicación o no de la cláusula *rebus* (SSTS de 23 de noviembre de 1962; de 26 de abril de 2013 y de 30 de junio de 2014). Esta se emplea para determinar si el objetivo último perseguido por las partes cuando suscribieron el contrato, o más bien la razón que fundamenta el mismo, se ha visto comprometida por el cambio de circunstancias.

Esta doctrina de la base de negocio se divide en dos:

- La base de negocio objetiva, que examina si ha sido frustrada la finalidad económica primordial del contrato, prevista contractualmente, o derivada del

sentido del mismo; o si ha desaparecido la conmutatividad del contrato del tal forma que ya no podamos hablar de prestación y contraprestación.

En lo que nos concierne, sí que podemos argumentar que ha sido frustrada la finalidad primordial derivada del sentido del contrato, pues la alteración de circunstancias ha conllevado la desaparición de los clientes chinos del optante, lo que constituye la piedra angular de este negocio. Esto se debe al siguiente razonamiento:

El contrato de opción de compra por su propia naturaleza es un precontrato o un contrato accesorio al contrato de compraventa que es al final el que se pretende; el contrato de compraventa, a su vez, no tenía otra finalidad que la de arrendar dichas viviendas a largo plazo a ciertos clientes chinos con los que el optante había llegado a avanzadas negociaciones. Por lo tanto, si debido al cambio de circunstancias desaparecen los clientes chinos del optante o han perdido el interés en el arrendamiento a largo plazo, ya no tendrá razón de ser la compraventa del complejo de viviendas, y por ende, aún menos el contrato de opción de compra suscrito por el Sr. Peláez.

Siendo este el caso, podemos comprobar que el equilibrio de las prestaciones se ha roto por completo, pues el Sr. Peláez al perder a sus clientes chinos ya no tiene ningún interés en la compra de estas viviendas. Pero es que además el precio por el que podía adquirir dichas viviendas ha aumentado sobrevenidamente en casi un 30% con respecto al valor de mercado (teniendo en cuenta la rebaja hecha por la Promotora); mientras que su contraparte seguiría adquiriendo el precio inicialmente pactado (un millón de euros).

- Y la base subjetiva de negocio, que examina si ha sido frustrada la representación común o lo que esperaban ambas partes de este contrato. En este punto, y de conformidad con la buena fe contractual, cobra un valor esencial si la Promotora conocía la finalidad de su contraparte, aunque no estuviese expresamente reflejada en el contrato, (la intención del Sr. Peláez de alquilarle las viviendas a clientes chinos); hecho del que ésta era plenamente consciente.

Una vez analizados los requisitos y las posibilidades de éxito de la *rebus* que, en base al análisis formulado, parece tener una gran viabilidad, debemos de examinar también sus posibles riesgos y las implicaciones que estos podrían tener.

A este respecto, hay que decir que la *rebus* tan sólo será de aplicación cuando no quepa ningún otro remedio y que su fundamento se encuentra en la buena fe contractual; por lo que si ha habido una negociación previa donde se propusiesen modificaciones factibles, aunque no fuesen óptimas para nuestro cliente, recomendamos su aceptación.

Además, teniendo en cuenta las características de la opción de compra, la *rebus* tampoco tendrá virtualidad si el optante viendo la finalidad del contrato frustrada pudo, sin padecer un grave perjuicio económico, ceder la opción de compra a un tercero y no lo hizo.

Por otro lado, tanto la doctrina como la jurisprudencia ponen de relieve que la *rebus* se aplica normalmente a contratos de tracto sucesivo, y sólo de forma muy excepcional a contratos de tracto único con ejecución diferida como el presente (SSTS de 10 de febrero de 1997; de 15 de noviembre de 2000 y 22 de abril de 2004); aunque al tratarse el COVID-19 de un hecho sumamente excepcional sí que creemos que podría desplegar sus efectos en esta coyuntura. Adicionalmente hay que tener en cuenta que aún es más difícil su adecuación si tenemos en cuenta que este contrato podría ser considerado “de corto plazo”, pues de conformidad con la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2020 la *rebus* no tendría cabida en este tipo de contratos.

Con independencia de lo expuesto anteriormente, la doctrina y la jurisprudencia también están de acuerdo en que es muy complicado aplicar la *rebus* a los contratos de opción de compra debido a sus especiales características.³⁷ Sin embargo, este rechazo se debe en gran medida a que el contrato de opción de compra no acostumbra a llevar aparejado el pago de una prima, y si no la llevase, al tratarse de obligación unilateral la *rebus* no aplicaría.³⁸

³⁷ Albiñana Cilveti, I., “La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Nº. 49, 2018, p. 139.

³⁸ Albiñana Cilveti, I., “La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Nº. 49, 2018, p. 140.

El último riesgo, y seguramente uno de los más importantes, sería que el tribunal que conociese de este conflicto llegase a una interpretación demasiado estricta de la finalidad perseguida por el contrato de opción de compra, y que en vez de identificar como su finalidad principal el arrendamiento de las viviendas a clientes chinos, sentenciase que la finalidad de la opción de compra era que el Sr. Peláez obtuviese financiación para llevar a cabo la compraventa.

Este escenario nos pondría en una situación delicada, pues la dificultad o imposibilidad de obtener financiación no exonera de responsabilidad al deudor, salvo cuando el acreedor haya asumido el riesgo de la financiación; o cuando la dificultad de financiación se derive de la concurrencia de una grave crisis económica que causase una desproporción exorbitante entre las partes y que además cumpliera con los criterios analizados en la Sentencia de 17 de enero de 2013.³⁹ En cualquier caso, abordaremos la cuestión de la imposibilidad de obtener financiación con mayor detalle más adelante (en el apartado tercero de este informe).

En el caso de estimarse la *rebus* el tribunal aplicaría la rebaja en el precio de la opción de compra que hubiésemos pedido en la demanda, de conformidad con el principio de justicia rogada. Y al tratarse de una situación novedosa y controvertida, es muy posible que no condene en costas a la contraparte, al no ser que ésta hubiese actuado con mala fe.

En sentido contrario, si la sentencia no aplicase la cláusula *rebus* el cliente perdería el millón de euros que abonó por la opción de compra, no obstante, tampoco creemos que fuese condenado en costas.

³⁹ Albiñana Cilveti, I., “La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Nº. 49, 2018, p. 136.

2. Reducción en el precio del ejercicio de la opción de compra debido a la extraordinaria caída de precios en el mercado

En el apartado anterior hemos tratado ciertos aspectos acerca de los contratos de opción de compra que también conviene tener en mente a la hora de abordar esta cuestión:

En primer lugar, afirmamos que al tratarse de una deuda de pago de dinero, pero sobre todo por no resultar imposible acceder a un bien genérico como es el propio dinero, no aplicaría la fuerza mayor, viéndonos “forzados” a acudir a la cláusula *rebus*.

En segundo lugar, dijimos que ni la doctrina, ni la jurisprudencia eran, por lo general, partidarios de que se aplicara la *rebus* en los contratos de opción de compra. Esto se debía a que normalmente éste tipo de contratos sólo vinculaban al vendedor y la *rebus* no despliega sus efectos en obligaciones unilaterales. No obstante, también dijimos que esto no era relevante en nuestro caso, pues al establecerse el pago de una prima a cargo del optante el contrato ya no poseía un carácter de unilateralidad, sino que de él se derivaban obligaciones recíprocas (SSTS de 18 de junio de 1993; de 29 de octubre de 1993; y de 14 de febrero de 1997).

Por último, explicamos que el nuestro era un contrato de tracto único con ejecución diferida, pudiendo ser considerado de “corto plazo” según la última jurisprudencia del Tribunal Supremo y que, por estos motivos, la aplicación de la *rebus* sería más complicada.

Ahora se nos plantea la cuestión de si sería posible una reducción en el precio del ejercicio de opción de compra debido a la extraordinaria caída de los precios en el mercado inmobiliario de la zona, pues recordemos que, debido a la crisis de la COVID-19, las viviendas objeto de contrato habían perdido un 30% de su valor.

En un principio la doctrina y la jurisprudencia son pacíficas al rechazar la invocación de la *rebus* por el mero hecho de que una vivienda se hubiese devaluado o revalorizado entre el momento en el que se perfeccionó la compraventa y su ejecución. Pues la conmutatividad del contrato no significa que la equivalencia entre las prestaciones de las partes deba de permanecer intacta desde su configuración inicial.

De este modo, la doctrina afirma que “*la conmutatividad de los contratos no depende del equilibrio o desequilibrio existente entre las prestaciones asumidas por las partes. No es garantía de un buen precio ni para el vendedor ni para el comprador. Así es como funciona la autonomía privada dentro del marco de la libertad de mercado, dando así lugar a la libertad de precios. Si ello es así al perfeccionarse el contrato, no hay razón para que no siga siendo así mientras que el contrato se esté cumpliendo, incluso si sobrevienen circunstancias excepcionales e imprevisibles. La cláusula rebus sic stantibus no puede servir frente a las mismas para impedir que la parte perjudicada no tenga pérdidas, y menos para asegurarle un margen de beneficio, aunque sea mínimo, independientemente además de si tiene o no capacidad para seguir cumpliendo el contrato en los términos pactados*”.⁴⁰

Siguiendo esta línea encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2010, que afirma que “*una vez perfeccionada la compraventa, la dilación en su consumación puede suponer que, por la revalorización o depreciación de la cosa vendida, el precio pactado no coincida con el que se fija usualmente para la adquisición o venta de bienes similares*”, pero esto no permite a ninguno de los contratantes requerir un aumento o disminución del precio pactado (también en las SSTS de 29 de mayo de 1996 y de 21 de febrero de 1990).⁴¹

Asimismo, podría pensarse que si el mantenimiento de un valor similar al precio real del inmueble conforma la finalidad última del contrato (base de negocio objetiva) y esto era conocido por el vendedor (base de negocio subjetiva) podría prosperar la aplicación de la *rebus*. Pues bien, la Sentencia de 24 de febrero de 2015, versó acerca de la compraventa con pago diferido de unas fincas rústicas, cuyo fundamento residía en las expectativas del comprador de que se diese un desarrollo urbanístico en la zona, el cual finalmente no se dio debido a la crisis económica; e igualmente la presente sentencia desestimó las pretensiones del comprador, poniendo de manifiesto que tan si quiera en estos casos procedería la aplicación de la *rebus*.

⁴⁰ Bercovitz Rodríguez-Cano, R., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio del 2014. Cláusula rebus sic stantibus”, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, N.º. 47, p. 361.

⁴¹ Albiñana Cilveti, I., “La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, N.º. 49, 2018, p. 125.

Sentado lo anterior, desaconsejamos al cliente seguir esta línea de defensa, pues al ser unánime la doctrina y la jurisprudencia en este punto lo más probable es que éste pudiese llegar a ser condenado en costas. Además, el tribunal podría considerar que siendo la finalidad última del negocio el arriendo a largo plazo de las viviendas a clientes chinos, y permaneciendo ésta frustrada pese a la reducción en el precio de la compraventa, el Sr. Peláez al pretender ejercer la opción de compra tan solo estaría intentando hacer un mejor negocio valiéndose de la situación propiciada por la pandemia; adoptando así una postura oportunista (STS 237/2015, de 23 de abril).

Por otro lado, la situación creada por el Coronavirus es completamente nueva y no sabemos cómo va a evolucionar la doctrina jurisprudencial, con la doctrina existente hasta ahora la estimación de esta pretensión es complicada, pero a la vista de lo novedoso y absolutamente extraordinario de la pandemia, quizás para evitar un desequilibrio prestacional y repartir la onerosidad derivada del cambio de circunstancias entre ambos profesionales, el tribunal estimase que la reducción en el precio de la compraventa es una medida admisible y proporcionada.

3. Extensión del plazo para el ejercicio de la opción de compra

Habría fundamentalmente dos motivos por los que el optante podría requerir una extensión de plazo para ejercitar la opción de compra:

En primer lugar podría pedir dicha ampliación para encontrar nuevos arrendatarios y, de este modo, obtener financiación para seguir adelante con el negocio jurídico. En este caso tendríamos que acudir a la *rebus sic stantibus*, pues, como hemos expuesto previamente, la fuerza mayor aplica cuando se da una imposibilidad de cumplimiento; que no sería el caso.

En segundo lugar podría pretender extender el plazo de la opción por resultarle imposible personarse en la Notaría de Tenerife en la fecha señalada (el día 7 de mayo) para ejercer la misma. En este caso, al tratarse una imposibilidad transitoria por imperativo legal lo adecuado sería acudir a la fuerza mayor en su alcance modificativo.

Adelanto que por diferentes motivos en ninguno de estos supuestos tiene cabida ni la *rebus*, ni la fuerza mayor. Y que, en consecuencia, el optante no tendrá derecho a la ampliación del plazo para ejercer la opción de compra.

Comenzaré analizando el primero de los supuestos, relativo a la obtención de financiación:⁴²

Esta cuestión la aborda el Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de julio de 2017, en la que dice que “*no cabe la exoneración del deudor con invocación de la doctrina de la cláusula rebus en los casos de dificultades de financiación. Como regla general, la dificultad o imposibilidad de obtener financiación para cumplir un contrato es un riesgo del deudor, que no puede exonerarse alegando que no cumple sus obligaciones contractuales porque se han frustrado sus expectativas de financiarse*”.

El Alto Tribunal niega su aplicación, incluso en época de crisis, por considerar ésta un suceso que ocurre dentro del círculo de la actividad empresarial que no puede considerarse ni imprevisible ni inevitable (STS de 11 de diciembre de 2014).

⁴² Albiñana Cilveti, I., “La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Nº. 49, 2018, pp. 132 a 136.

Queda a salvo la posibilidad de que el deudor se excuse cuando el acreedor sea quien ha asumido el riesgo de financiación, pactando que el contrato solo desplegará sus efectos si el deudor adquiere financiación; o asumiendo el compromiso de financiación por parte de un tercero (SSTS de 26 de abril de 2013 y de 16 de enero de 2012).

Fuera de estos supuestos el Tribunal Supremo sólo admite la posibilidad de aplicar la cláusula *rebus* cuando la imposibilidad de financiación del deudor fuese absolutamente imprevisible al tiempo de perfeccionarse el contrato al deberse dicha imposibilidad a un cambio de circunstancias originadas por una grave crisis económica, y además analizará las siguientes cuestiones para determinar su idoneidad (SSTS de 13 de julio de 2017 y de 17 de enero de 2013): ⁴³

(i) el destino de la casa comprada a vivienda habitual o, por el contrario, a segunda residencia o a su venta antes o después del otorgamiento de la escritura pública;

(ii) la asignación contractual del riesgo de no obtener financiación y el grado de colaboración prometido por el vendedor para obtenerla, distinguiendo entre contratantes que sean profesionales del sector inmobiliario y los que no lo sean;

(iii) la situación económica del comprador al tiempo de la perfección del contrato y al tiempo de tener que pagar la parte pendiente del precio que esperaba poder financiar;

(iv) el grado real de imposibilidad de financiación y sus causas concretas añadidas a la crisis económica general, debiéndose valorar también, en su caso, las condiciones impuestas por las entidades de crédito para conceder financiación; o en fin, las posibilidades de negociación de las condiciones de pago con el vendedor y, por tanto, de mantener el contrato como alternativa preferible a su ineficacia.

Dichos requisitos no son aplicables a nuestro caso, pues el optante quiere destinar dichas viviendas a su arrendamiento a largo plazo, no a vivienda habitual; es un profesional del sector inmobiliario; y tuvo la ocasión de negociar las condiciones de pago con el acreedor,

⁴³ Albiñana Cilveti, I., “La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Nº. 49, 2018, p. 136.

incluyendo el importe de la opción de compra, el plazo para el ejercicio de la misma, e incluso una rebaja en el caso de su ejecución. De hecho, analizando los criterios expuestos por la jurisprudencia es evidente que lo que pretende es proteger a compradores no profesionales que se han visto en la necesidad de solicitar financiación externa para costearse su vivienda y que debido a una fuerte crisis económica no han podido hacer frente a su endeudamiento.

Como hemos comentado, de acuerdo con la doctrina actual, es muy difícil que el Sr. Peláez se pudiese acoger a la *rebus* alegando la frustración de sus expectativas de obtener financiación. No obstante, en la normal coyuntura de las relaciones contractuales es el deudor no profesional el que acostumbra a ser la parte débil del contrato; y por eso goza de especial protección. En cambio, la situación generada por la COVID-19 es especialmente extraordinaria, pues parece haber afectado tanto o más a los profesionales que a los no profesionales, y es por este motivo, que para evitar una catástrofe aún mayor, que empeore la que ya hemos vivido, la doctrina jurisprudencial podría evolucionar hacia la protección del empresario; en tal caso sí que podría prosperar la demanda del Sr. Peláez, pues la modificación temporal para el ejercicio de la opción de compra no parece especialmente gravosa ni desmedida para ninguno de los intereses de los profesionales afectados, más aún atendiendo a la caída del precio de los bienes objeto de contrato.

El segundo supuesto, en el que el deudor pretende la ampliación del plazo del ejercicio de la opción de compra arguyendo su imposibilidad de acudir a la Notaría de Tenerife se abordará más adelante (en el apartado quinto de este informe).

4. Resolución del contrato de opción de compra

Para que aplique la fuerza mayor hace falta que se dé la imposibilidad de cumplir una obligación determinada. En este caso no concurre imposibilidad alguna, pues el Sr. Peláez ya cumplió con su prestación al anticipar el importe de un millón de euros como prima para adquirir la opción de compra, y la obligación a cargo de la Promotora sigue siendo posible (el mantenimiento en exclusiva de la opción de compra y su posible ejecución); quedando así descartada la virtualidad de la fuerza mayor.

Sin embargo, ya hemos concluido que sí que existe una excesiva onerosidad y un determinado desequilibrio contractual en perjuicio de nuestro cliente que podría justificar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* (ver apartado primero del presente informe).

Esta figura jurídica en teoría puede tener un alcance modificativo o resolutorio, pero la jurisprudencia desde un principio ha preferido optar por la modificación contractual (SSTS 17 de noviembre de 2000; 27 de abril de 2012; 30 de junio y 15 octubre de 2014), ya que se considera más ajustada a la naturaleza de la mayoría de los contratos donde se aplica (de tracto sucesivo o de larga duración) y se corresponde mejor con el principio de conservación de los actos jurídicos (artículo 1.284 CC); que ha pasado a ser un principio informador de nuestro sistema jurídico, dejando atrás su apreciación como simple criterio hermenéutico (STS núm. 827/2012, de 15 de enero de 2013).⁴⁴

Sentado lo anterior, deberá de atenderse el caso concreto para valorar si procede la modificación o la resolución contractual, ponderando de forma razonada no solo las circunstancias que rodean el contrato, sino también los efectos que de estos remedios se pudieran derivar.⁴⁵

⁴⁴ Sáenz de Jubera Higuero, B., “Cláusula *rebus sic stantibus*: fundamento y doctrina jurisprudencial sobre su aplicación, presupuestos y efectos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 780, julio de 2020, p.2404.

⁴⁵ López-Mendel Báscones, J., “La cláusula *rebus sic stantibus*. Modificación o resolución de contratos ante la crisis del coronavirus”, *Abogacía Española Consejo General*, 3 de abril de 2020 (disponible en <https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/la-clausula-rebus-sic-stantibus-modificacion-o-resolucion-de-contratos-ante-la-crisis-del-coronavirus/>; última consulta 27/12/2020)

En el supuesto planteado, si bien es cierto que tras la mutación de circunstancias el contrato deja de tener sentido para el Sr. Peláez, pues la finalidad por él pretendida se ve frustrada por la desaparición de sus potenciales arrendatarios (sin entrar en la cuestión de la depreciación de las viviendas); no es menos cierto que la resolución contractual no sería de justicia para su contraparte (El Ladrillo del Paraíso, S.L.) que ya había cumplido con parte de su prestación, reservado en exclusiva la compra de las diez viviendas al Sr. Peláez. En especial, en lo que se refiere al plazo entre el 7 de marzo y el 14 de marzo (antes de la alteración de circunstancias), período en el que hubiera tenido la oportunidad de vender cada vivienda por un importe un 30% superior a su valor actual.

Partiendo de esta base, hay que recordar que lo que se pretende con la aplicación de la *rebus* es el restablecimiento de un equilibrio prestacional que se ha perdido a causa de una alteración sobrevenida de circunstancias y que ha generado una excesiva onerosidad para una de las partes. En este sentido, pedir la resolución de la opción de compra podría ser un error, pues la *rebus* encuentra su fundamento en la buena fe contractual y en la conmutatividad de los negocios jurídicos, y para preservar estos principios hay que tener en cuenta los intereses y la finalidad perseguida por ambas partes, no solo por una de ellas. Además, el que alega la *rebus* tiene que intentar mitigar los daños que su aplicación le pudiese causar a su contraparte, presupuesto que no se cumpliría si pidiésemos la resolución, ya que ésta implicaría la restitución recíproca de los bienes que hubiesen sido objeto de contrato (1.303 CC), y consiguiente, el Sr. Peláez se quedaría con el dinero que anticipó y la Promotora con nada, sufriendo esta última la totalidad de los perjuicios derivados de la frustración del contrato.

Asimismo, la petición de resolución contractual tendría repercusiones de índole procesal, esto se debe a que uno de los principios procesales más importantes de nuestro ordenamiento jurídico es la justicia rogada, que significa que el juez no puede, o más bien no debería de poder, conceder a una parte otra cosa que la que ésta hubiese pedido en su escrito de demanda o demanda reconvenicional. En consecuencia, si pidiésemos la resolución contractual y la misma no fuese concedida, nos desestimarían la demanda sin concedernos tan siquiera su modificación (o teóricamente esto es lo que debería de ocurrir, pues en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2013 sí que otorgó la modificación aunque no fuese solicitada). De hecho, persiguiendo la congruencia de la

sentencia deberíamos de especificar en qué debe de consistir exactamente la modificación contractual pretendida.⁴⁶

Como hemos podido comprobar, solicitar la resolución por la vía de la cláusula *rebus sic stantibus* es, cuanto menos, desaconsejable. En contrapartida, la modificación contractual puede resultar más laboriosa, pero teniendo en cuenta que el análisis de la *rebus* ha de hacerse en atención al caso concreto, también es la forma más eficaz para restituir la equivalencia de las prestaciones, pudiendo aplicar de forma proporcionada las medidas correctivas que mejor se adecuen al caso concreto, como pudiesen ser la disminución de precio o el aplazamiento de las prestaciones.

Finalmente, la única posibilidad para pedir la resolución contractual sería que el cedente no hubiese cumplido con su prestación y que, por tanto, no hubiese reservado al optante la opción de compra en exclusiva del complejo de viviendas durante el plazo acordado; o no le dejase ejecutar la opción de compra en los términos pactados. En este caso, tratándose de obligaciones recíprocas, y habiendo cumplido el optante con su prestación (el pago de la prima), éste podría obligar al vendedor a cumplir con lo pactado o resolver el contrato, en ambos casos con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios (artículo 1.124 CC).

⁴⁶ Alejandro García-Cerezo F.M., Luna Yerga, A. y Xiol Bardají, M., “Comentario de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 2013. RJ 2013\1819”, Revista Aranzadi Doctrinal, Nº. 3, 2013 (junio), p.9.

5. Consecuencia de la no comparecencia en la Notaría para firmar la compraventa y posibles alternativas

El artículo 145 del Reglamento Notarial dicta lo siguiente:

“la autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes”

Es precisamente para verificar que se cumple todo lo expuesto por lo que es relevante la presencia de un notario en la ejecución de la opción de compra. Además, al implicar este acto la transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles es preciso que se realice en documento público (artículo 1.280 CC).

Así pues la no comparecencia en la Notaría conllevaría que se no se pudiese ejecutar la opción de compra. Y teniendo en cuenta que el día 7 de mayo finaliza el plazo previsto para el ejercicio de ésta, desplegaría sus efectos la caducidad de la opción de compra, en virtud de la cual ya no se podría ejercer dicha acción, salvo cuando la caducidad se debiese a la culpa del cedente. Presuponiendo en nuestro caso la culpa del optante, al ser éste el que no puede presentarse en la Notaría tinerfeña, la no comparecencia le supondría la pérdida del derecho de compra en exclusiva sobre las viviendas unifamiliares y de la prima que abonó en un primer momento (por importe de un millón de euros).⁴⁷

No obstante, habrá que tomar en consideración dos aspectos para ponderar si dicha incomparecencia está justificada:

En primer lugar debemos de determinar si el negocio del Sr. Peláez se enmarcaba dentro de los supuestos donde se permitía acudir al notario durante la pandemia.

En este sentido, la instrucción de la dirección general de seguridad jurídica y fe pública de 15 de marzo de 2020 sobre la adopción de medidas que garanticen la adecuada prestación del servicio público notarial, en su disposición primera prevé que el servicio

⁴⁷ Mundo jurídico.info, “La opción a compra” (disponible en <https://www.mundojuridico.info/la-opcion-a-compra/>; última consulta 13/12/2020)

público notarial tiene que estar garantizado en todo el territorio nacional, y en su disposición segunda decreta que éste solo se podrá llevar a cabo en caso de urgencia.

Dicha urgencia podría suponer cierta arbitrariedad al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, no obstante, la Circular 2/2020 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado de fecha 18 de marzo, prevé que para valorar qué casos son de urgencia habrá que ponderar las dos siguientes cuestiones:

- El vencimiento próximo de los plazos convencionales; pues el estado de alarma supuso la suspensión de los plazos legales (administrativos y procesales) de prescripción y caducidad, pero no los de estos plazos.
- La necesidad de evitar daños patrimoniales graves e irreparables.

Teniendo en cuenta la proximidad del plazo convencionalmente pactado para el ejercicio de la opción de compra y los perjuicios, anteriormente expuestos, que la caducidad de ésta le acarrearían al Sr. Peláez, es lógico pensar que el suyo sí que constituiría un supuesto de urgencia. Pero es que además el punto primero de la Circular estipula que el vencimiento de unas arras podría constituir un supuesto de urgencia; por lo que analógicamente puede deducirse que también la actividad notarial será accesible y necesaria en nuestro caso.

En segundo lugar, tendremos que tener en cuenta las posibles alternativas del Sr. Peláez para así poder dilucidar si existe un supuesto de fuerza mayor que le impide ejecutar la opción de compra, en tanto en cuanto, no le es posible firmar la compraventa en el día y lugar señalados a causa de un imperativo legal, en concreto, debido a la prohibición de viajar a Tenerife.

Hemos de concluir a este respecto que dicha fuerza mayor podría haber sido de aplicación antes del año 2001, no obstante, desde entonces las notarías españolas se encuentran telemáticamente interconectadas y, por este motivo, existen otras opciones que permiten realizar la compraventa a distancia; evitándose así desplazamientos y costes innecesarios. En estas situaciones será muy importante que los notarios intervinientes estén en

constante comunicación el uno con el otro para que de esta manera la operación llegue a buen puerto.⁴⁸

Antes de exponer las opciones de nuestro cliente habrá que hacer algunas consideraciones en relación con el artículo 1.259 CC, que versa de la siguiente manera:

“ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal (...) a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue”.

Este precepto implica la posibilidad de delegar la representación de dos formas diferentes: a través de un poder notarial; o por medio de un mandatario verbal, siempre y cuando, lo actuado por éste fuese posteriormente ratificado por el mandante.

El poder notarial faculta a un tercero para actuar en nombre de otro, estando dicha autorización reconocida por medio de escritura pública; este poder puede ser general o estar limitado a una o más actuaciones específicas.

En contrapartida, el mandato verbal es más informal, siendo potestativo para el notario aceptarlo. En virtud del mismo, se le dan instrucciones a un tercero para que actúe en nuestro nombre, pero al no estar reconocido esta delegación de facultades en escritura pública, para que lo actuado despliegue sus efectos el mandante tendrá que ratificar posteriormente frente a un notario lo realizado por el mandatario.

En este sentido, parece que el otorgamiento de un poder puede ser más peligroso, pues no requiere de su posterior ratificación para su validez, no obstante, si se ha otorgado un poder con instrucciones muy específicas esto no debería de suponer ningún inconveniente, pues el notario no dejará que el apoderado realice otras actuaciones que las estrictamente previstas en el poder; y aún así el apoderado deberá de rendir cuentas al poderante y es responsable de su gestión (ex. artículo 1.726 CC).

⁴⁸ Carmelo Llopis, J., “*Contratos a distancia ante notario*”, 3 de mayo de 2016 (disponible en <http://www.notariallopis.es/blog/i/1370/73/contratos-a-distancia-ante-notario>; última consulta 31/12/2020)

Principalmente habría dos formas de llevar a cabo el presente negocio jurídico a distancia:⁴⁹

La primera sería que el Sr. Peláez desde la Notaría de su elección concediese un poder notarial en favor del vendedor, facultando a éste para ejecutar la opción de compra en su nombre. En este caso el poder ser remitiría electrónicamente a la Notaría de Tenerife, donde el vendedor podría ejecutar la opción de compra contratando en nombre propio y como apoderado de su contraparte.

La segunda opción sería que el cedente ejecutase la opción de compra actuando en nombre propio y como mandatario verbal del optante, y que lo actuado se remitiese electrónicamente desde la Notaría de Tenerife a la Notaría de la elección del Sr. Peláez para que éste ratificase la operación; una vez ratificada los efectos se retrotraerían al tiempo en el que el mandatario cumplió con el mandato.

Por otro lado, si el cedente se negase a actuar en nombre del optante se reputaría como culpa del primero el no ejercicio de la opción de compra y, por tanto, no caducaría esta institución. Además, en virtud del artículo 1.279 CC *“si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez”*, por lo que el cedente estaría obligado a realizar esta operación.

También cabrían otras opciones como que el optante actuase en nombre del cedente y que se hiciesen las operaciones descritas en el sentido opuesto; o que el optante contratase a un profesional para que éste actuase como apoderado o mandatario verbal, aunque esto supusiese un coste más elevado. Pero en cualquier caso, el optante no podrá escudarse en la fuerza mayor o en no tener a nadie de su confianza a quien apoderar para retrasar el ejercicio de la opción de compra.

⁴⁹ Rosales de Salamanca Rodríguez, F., *“Mandatario verbal”*, 27 de junio de 2016 (disponible en <https://www.notariofranciscorosales.com/mandatario-verbal/>; última consulta 31/12/2020)

6. Posibilidad de rebajar el precio del alquiler por parte del arrendatario en base a la *rebus sic stantibus*

El contrato de arrendamiento de vivienda a largo plazo es un contrato de tracto sucesivo (se fracciona en varias prestaciones periódicas) y podría ser considerado de larga duración (pues en este caso se prolonga durante diez años, que es un plazo razonablemente largo tratándose de un arrendamiento), por lo que, en abstracto, sí que podría ser objeto de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

No obstante, hemos de analizar la adecuación de esta figura al caso concreto, tal y como hicimos en el apartado primero de este informe, para de esta forma comprobar si se cumplen todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia para su apreciación.

A continuación, me dispongo a realizar dicho análisis, en base a los siguientes criterios:

a) El carácter sobrevenido de las circunstancias:

El contrato de arrendamiento se perfecciona el día 7 de marzo de 2020 y su ejecución se dará con posterioridad al día 14 de marzo de 2020, fecha en la que se da la alteración de circunstancias a causa de la publicación del Real Decreto 463/2020, que pone de manifiesto el peligro real que supone en nuestro país la COVID-19. En consecuencia, en este caso sí que se da una alteración sobrevenida de las circunstancias.

b) La concurrencia de un cambio de circunstancias extraordinarias e imprevisibles:

Tal y como hemos expuesto anteriormente (en el apartado primero), una pandemia como ésta sí puede ser considerada como un evento extraordinario.

Sin embargo, la apreciación de la nota de imprevisibilidad será más controvertida en este supuesto, pues dependerá del conocimiento que se tuviera del virus el día 7 de marzo de 2020, ya no en España (donde ya hemos dicho que era imprevisible) sino en China, país de residencia del arrendatario, y de las medidas de contingencia que se hubiesen tomado en ese país.

En este sentido, China ya había tomado medidas muy drásticas de prevención: ⁵⁰

- El 23 de enero se puso en cuarentena a Wuhan (11 millones de personas).
- Se cortaron los medios de transporte dentro de la ciudad y con el exterior.
- En febrero se extendieron estas medidas a otras ciudades como Wenzhou, Hangzhou, Ningbo y Taizhou (60 millones de personas).
- A principios de marzo en China tenían implantado un sistema de códigos QR en sus dispositivos móviles por medio del cual sus habitantes eran informados de si podían salir de casa o de si debían de quedarse confinados.

Asimismo, a día 7 de marzo de 2020, el virus ya se había expandido por 93 países y se contabilizaban 101.927 contagios y 413 víctimas mortales. ⁵¹

En atención a estos criterios quedará a criterio del tribunal delimitar si para el cliente chino esta alteración de circunstancias era previsible o no; aunque no parece que éste vaya a ser, por sí solo, un hecho decisivo.

También influirían las condiciones personales del arrendatario, pues no es lo mismo si el cliente era un epidemiólogo o un médico que trataba el Coronavirus, que si ejercía cualquier otra profesión completamente desvinculada del conocimiento del virus.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo número 243/2012 de 27 de abril de 2012, que se refiere a los arrendamientos de local comercial, pero que análogamente parece que se podría aplicar a los arrendamientos de vivienda, prevé que: ⁵²

⁵⁰ “Las medidas de China contra el coronavirus son efectivas, pero ¿se podrían aplicar en España?”, El Diario.es, 11 de marzo de 2020 (disponible en https://www.eldiario.es/internacional/medidas-coronavirus-efectivas-podrian-espana_1_1030720.html; última consulta 30/12/2020)

⁵¹ “Coronavirus: España contabiliza 10 muertos y más de 450 casos”, Redacción Médica, 7 de marzo de 2020 (<https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/coronavirus-espana-contabiliza-8-muertos-y-374-casos-1496>; última consulta 30/12/2020)

⁵² Fernández Seijo, J.M., “Devolver la espada al acreedor enajenado: sobre la aplicación práctica de la cláusula *rebus sic stantibus* en la última jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Diario LA LEY, nº 9607, Editorial Wolters Kluwer, 3 de abril de 2020, p.12

“el transcurso del tiempo en contratos de tan prolongada duración como son los de arrendamiento, y la transformación económica de un país, producida, entre otros motivos, por dicho devenir, no puede servir de fundamento para el cumplimiento de los requisitos requeridos por la jurisprudencia para llegar a la existencia de un desequilibrio desproporcionado entre las prestaciones fundado en circunstancias imprevisibles, pues las circunstancias referidas no pueden tener tal calificación; en efecto, el contrato suscrito por los litigantes, en previsión, ya desde su inicio, de la gran duración del arrendamiento, contiene cláusulas de actualización de renta y, con el objetivo de evitar los desequilibrios desproporcionados derivados de la duración de los contratos de arrendamiento en general, la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 integra normas de actualización de renta, como indica la demandada en este recurso”.

En esta línea podemos afirmar que cualquier tipo de cláusula de actualización, estabilización de precios o de terminación anticipada del contrato presupone la no aplicación de la *rebus*, pues la alteración de circunstancias se consideraría prevista, aunque lo fuese de forma genérica. De hecho, incluso cuando estas no hubiesen sido convencionalmente pactadas, pero fuesen de aplicación debido a algún precepto de nuestro ordenamiento jurídico la *rebus* también quedaría desplazada.

La misma sentencia también afirma que las fluctuaciones del mercado producidas en el marco de los contratos de arrendamiento de larga duración no son circunstancias imprevisibles.⁵³

En síntesis, este criterio podría acarrearle serias complicaciones al arrendatario a la hora de invocar la *rebus*, pero desconociendo tanto el contenido del contrato de

⁵³ Albiñana Cilveti, I., “La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Nº. 49, 2018, p. 137

arrendamiento, como las condiciones personales del arrendatario, no podemos percibir este requisito como definitivo.

c) La no imputabilidad al deudor del cambio de circunstancias:

Basta decir que la causación de la pandemia del Coronavirus, así como sus efectos, son completamente ajenos a cualquier actuación que hubiese podido realizar el arrendatario.

d) La no asunción de riesgos por parte de quien invoca la *rebus*:

En este punto cabe plantearse si la no inclusión de alguna cláusula de actualización, revisión de renta o de terminación anticipada del contrato presuponen que cada parte asumía los riesgos futuros que de este contrato se pudiesen derivar.

Sin embargo, como no podemos probar esta cuestión y como desconocemos el contenido del contrato de arrendamiento, y en particular los riesgos asumidos por el arrendatario, tampoco podemos entender que no se cumpla este requisito.

e) La excesiva onerosidad o el desequilibrio en las prestaciones contractuales en perjuicio de una de las partes:

Esta cuestión sí que podría ser determinante para descartar la aplicación de la *rebus*, en tanto en cuanto, esta figura se adecua mejor a los contratos de arrendamiento de local comercial que a los contratos de uso de vivienda, pues en los primeros puede darse una excesiva onerosidad (entendido como tal la causación de un resultado de pérdidas o la desaparición de un margen de beneficio) derivados del cambio de circunstancias, mientras que en los segundos no.

Además, tampoco podemos hablar de la frustración de la base de negocio, pues en este tipo de contratos *“no se da el presupuesto jurídico habilitante para la invocación por el inquilino de la cláusula o regla rebus sic stantibus relativo a la alteración de la causa económica del contrato, pues no se alteran las circunstancias relativas al goce pacífico de la cosa arrendada, pudiendo*

*destinarla al inquilino al uso pactado en idénticas circunstancias que en el momento en que se perfeccionó el contrato”.*⁵⁴

Así mismo parece que en las expectativas del arrendatario y en la finalidad principal por él pretendida jugaba un papel fundamental, más que cualquier otro aspecto, la situación geográfica de la vivienda, ya que podría haberle resultado mucho más económico el arrendamiento de una vivienda de características similares más cerca de su lugar de residencia.

Por otro lado, tampoco estimamos que hubiese habido un desequilibrio contractual, ya que el Sr. Peláez también se vio perjudicado en este negocio jurídico, pues tuvo que pagar por la adquisición de la vivienda un valor un 30% superior al valor de mercado, además del precio de la opción de compra, precisamente por las expectativas generadas por, entre otros, pero especialmente, este arrendatario (pues estaba entre los cinco clientes con los que había llegado a firmar contratos de arrendamiento a largo plazo).

Si finalmente le redujesen el precio del ejercicio de la opción de compra al Sr. Peláez, quizás sí que se pudiese argumentar cierto desequilibrio contractual, en cambio, este por lo pronto no es el caso.

Ya hemos expuesto las posibilidades de éxito por parte del Sr. Peláez. Sin embargo, teniendo en cuenta que previsiblemente la tendencia jurisprudencial para los contratos afectados por el Coronavirus será la seguida por el Tribunal Supremo en el año 2013, pero, sobre todo, en el año 2014, que tiende a la flexibilización de los criterios para la apreciación de la *rebus*, no podemos afirmar que esta línea de defensa sea concluyente.

Es más esta defensa alberga ciertos riesgos. Entre los cuales hay que destacar que existen determinadas resoluciones de medidas cautelares recientes que modifican o suspenden la renta del arrendatario por la existencia de la pandemia (Auto núm. 124/2020, de 29 de abril de 2020, del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Zaragoza; Auto núm. 155/2020, de 30

⁵⁴ Fuentes-Lojo Rius, A., “Los efectos jurídicos del Coronavirus en los contratos de arrendamiento de vivienda”, Diario LA LEY, nº 9604, Editorial Wolters Kluwer, 30 de marzo de 2020.

de abril de 2020, del Juzgado de 1ª Instancia de Madrid nº 60; Auto núm. 256/2020, de 25 de junio de 2020, del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Valencia; Auto núm. 162/2020, de 7 de julio de 2020, del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Benidorm; Auto núm. 55/2020, de 15 de julio de 2020, del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de El Prat de Llobregat; y Auto núm. 447/2020, de 25 de septiembre de 2020, del Juzgado de 1ª Instancia de Madrid nº 81).

Todas estas resoluciones tienen dos cosas en común: (i) Se aplican a arrendamientos de local comercial. (ii) Estos negocios padecieron graves pérdidas económicas debido al cierre temporal de sus comercios.

Ciertamente, ninguno de estos supuestos se corresponde con el caso objeto de análisis, pero existe el peligro de que estas medidas puedan extrapolarse al arrendamiento de uso de vivienda cuando los convivientes hubiesen perdido una parte importante de sus ingresos, pues ya se ha dictado cierta legislación a este respecto (Real Decreto- Ley 11/2020, de 31 de marzo de 2020, y el Real Decreto Ley 37/2020, de 22 de diciembre de 2020), hecho que pone de manifiesto que hay una necesidad social que hay que solventar en relación con esta materia. Al ser los presupuestos exigidos por la referida legislación demasiado estrictos en determinados aspectos, cabe plantearse la *rebus* como un remedio eficaz para solucionar las situaciones que quedasen excluidas.

7. Resolución del contrato de transporte aéreo y rechazo del bono con devolución del precio anticipado

El día 31 de marzo de 2020 se publicó el Real Decreto 11/2020, este contiene determinadas medidas para hacer frente a la situación provocada por la pandemia del COVID-19.

Dentro del mismo es reseñable el artículo 36, que afecta a los contratos con consumidores y usuarios (en adelante, referidos conjuntamente como “**usuarios**”). Este se subdivide en cuatro epígrafes:

El primero faculta la resolución contractual en los contratos de compraventa de bienes o de prestación de servicios, incluidos los de tracto sucesivo, cuando su cumplimiento deviniese imposible a causa de las medidas aprobadas (para combatir el Coronavirus) por las autoridades competentes. En dichos supuestos, el usuario tan sólo podrá ejercer este derecho dentro de los siguientes 14 a la imposible ejecución del mismo y, exclusivamente cuando, de acuerdo con la buena fe, no pueda modificarse el contrato preservando la reciprocidad de intereses. A este respecto, se considerará que no procede la modificación contractual cuando en un periodo de 60 días no se hubiese llegado a un acuerdo, y solo una vez transcurrido este plazo se podrá dar la resolución contractual.

El segundo está destinado a especificar el plazo y el modo en el que el empresario debe de reintegrar el dinero que el usuario hubiese anticipado; en este sentido estipula que si el contrato finalmente fuese resuelto, el dinero que hubiese adelantado el usuario tendrá que serle devuelto en un plazo máximo de 14 días, salvo que estos pactasen otra cosa; a excepción de los gastos incurridos por el propio empresario, que no deben ser reembolsados, pero cuyo importe tienen ser debidamente desglosado y facilitado al consumidor.

El tercero concede una especial regulación para los contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo; en estos supuestos no cabe la resolución del contrato, salvo que ambas partes así lo deseen. Sí procederá, en cambio, la devolución de los importes abonados durante el tiempo que no se prestase el servicio; o si el usuario así lo autorizase su compensación en futuras cuotas; o incluso, si el empresario así

lo quisiese, su prestación a posteriori, siempre y cuando, esto también fuese aceptado por el usuario.

El último epígrafe hace a referencia a los contratos de viaje combinado y prevé que en caso de cancelación debido a las medidas adoptadas para combatir el COVID-19, el minorista u organizador, podrá entregarle al usuario un bono por el importe de la cuantía anticipada por éste. Dicho bono caducará al año, y solo a partir de entonces, si no hubiese sido canjeado íntegramente, el usuario tendría derecho a solicitar la devolución del importe restante, que tendría que serle abonado en un plazo máximo de 14 días. Además, el ofrecimiento de este bono solo podría darse en el supuesto de que el empresario contase con un respaldo financiero suficiente para garantizar su efectiva ejecución.

En este último caso, si los minoristas u organizadores recibiesen la devolución íntegra o parcial de las cantidades abonadas a los proveedores, y los usuarios optasen por la resolución contractual, los primeros tendrían que reembolsarles a los últimos las cantidades que percibiesen de los proveedores, de conformidad con el artículo 160.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Dicho reembolso se practicaría en un plazo máximo de 60 días desde que la resolución contractual fuese instada por el usuario o desde que los proveedores devolviesen las cantidades.

Una vez comentado este enrevesado y parcialmente incomprensible artículo, que en la medida de lo posible hemos intentado simplificar (pues también será de suma importancia a la hora de resolver las próximas dos cuestiones tratadas en este informe) pasaremos a analizar su adecuación en relación con el contrato de transporte aéreo suscrito por el Sr. Peláez.

En primer lugar comprobamos que se da la imposibilidad de que Iberia (el empresario) cumpla con su prestación, que sería la de transportar al Sr. Peláez desde Madrid a Palma de Mallorca, el día 6 de abril de 2020, y que esto se debe a una medida impuesta por las autoridades competentes; en particular, la prohibición emana de la Orden TMA/247/2020, de 17 de marzo, por la que se establecen las medidas de transporte a aplicar a las conexiones entre la península y la Comunidad Autónoma de Illes Balears, que prevé que solo podrán viajar a las Islas Baleares las personas cuyo transporte esté

justificado por alguna de las causas recogidas en el artículo 7.1 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, entre las que no se encuentra el viaje del Sr. Peláez.

En segundo lugar, cabe decir que el contrato de transporte aéreo es un contrato de tracto único, pues no se da una prestación continuada en el tiempo o una pluralidad de prestaciones sucesivas que satisfagan los intereses del Sr. Peláez.

En tercer lugar, presumimos que no nos encontramos ante un contrato de viaje combinado, ya que el Sr. Peláez no nos ha comunicado que contratase el servicio de transporte aéreo, de alquiler de vehículo sin conductor o el de alojamiento de la forma estipulada en el artículo 3 de la DIRECTIVA (UE) 2015/2302 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de noviembre de 2015, que versa de la siguiente manera:

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) «servicio de viaje»:

- a) el transporte de pasajeros;*
- b) el alojamiento cuando no sea parte intrínseca del transporte de pasajeros y no tenga fines residenciales;*
- c) alquiler de turismos, otros vehículos de motor en el sentido del artículo 3, punto 11, de la Directiva 2007/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, o motocicletas que requieran un permiso de conducción de categoría A con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4, apartado 3, letra c), de la Directiva 2006/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo;*
- d) cualquier otro servicio turístico que no forme parte intrínseca de un servicio de viaje de los definidos en las letras a), b) o c);*

«viaje combinado»: la combinación de al menos dos tipos de servicios de viaje a efectos del mismo viaje o vacación, si esos servicios:

- a) son combinados por un solo empresario, incluso a petición o según la selección del viajero, antes de que se celebre un contrato único por la totalidad de los servicios, o*
- b) con independencia de la celebración de contratos distintos con diferentes prestadores de servicios de viaje, esos servicios:*
 - i) son contratados en un único punto de venta y han sido seleccionados antes de que el viajero acepte pagar,*
 - ii) son ofrecidos o facturados a un precio a tanto alzado o global,*

- iii) *son anunciados o vendidos como «viaje combinado» o bajo una denominación similar,*
- iv) *son combinados después de la celebración de un contrato en virtud del cual el empresario permite al viajero elegir entre una selección de distintos tipos de servicios de viaje, o*
- v) *son contratados con distintos empresarios a través de procesos de reserva en línea conectados en los que el nombre del viajero, sus datos de pago y su dirección de correo electrónico son transmitidos por el empresario con el que se celebra el primer contrato a otro u otros empresarios, con el o los que se celebra un contrato a más tardar 24 horas después de la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje.*

Las combinaciones de servicios de viaje en las que se combine como máximo uno de los tipos de servicio de viaje a que se refiere el punto 1, letras a), b) o c), con uno o varios de los servicios turísticos a que se refiere el punto 1, letra d), no se considerarán un viaje combinado si estos servicios turísticos:

- a) *no representan una proporción significativa del valor de la combinación y no se anuncian como una característica esencial de la combinación ni constituyen por alguna otra razón una característica esencial de esta, o*
- b) *solo han sido seleccionados y contratados después de que se haya iniciado la ejecución de un servicio de viaje contemplado en el punto 1, letras a), b) o c);*

***Rogamos que lea con detenimiento el presente artículo, pues si hubiese contratado la combinación de cualquiera de sus servicios turísticos de la forma expuesta, a los servicios que se hubiesen contratado de este modo le sería de aplicación el artículo 36.4 del Real Decreto 11/2020; y no lo expuesto a continuación.**

Sentado lo anterior, en el caso del contrato de transporte aéreo estaríamos ante un supuesto previsto en el artículo 36.1 del Real Decreto 11/2020 y, por tanto, el Sr. Peláez tendría derecho a pedir la resolución contractual.

El citado precepto es oscuro en cuanto al cómputo del plazo, sin quedar demasiado claro si: (i) el usuario tiene 14 días desde la imposible ejecución del contrato para instar su resolución y, posteriormente, se abriría el período de 60 días para negociar la modificación contractual -lo que parece de la literalidad de las palabras-; o (ii) primero se abre un plazo de 60 días para negociar y solo después del transcurso del mismo el

usuario podría pedir la resolución del contrato -lo que sería más afín al principio comunitario de eficacia (caso Grunding Italia, del año 2002)-.⁵⁵

Ante la duda y con el fin de evitarnos problemas derivados de la caducidad de este derecho recomendamos que se acoja a la primera opción.

En cualquier caso, los plazos mencionados son plazos civiles o sustantivos, por lo que al señalarse en días, el primero de ellos (por ejemplo, el día en el que la ejecución del contrato fuese imposible, que sería el 6 de abril de 2020) no contaría en el cómputo y, por tanto, el plazo comenzaría a computar desde el día siguiente (art. 5.1 CC), además no se excluirán de dicho cómputo los días inhábiles (art. 5.2 CC).

Asimismo, tenemos que tener en cuenta que la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, suspende el cómputo de los plazos sustantivos y que su reanudación quedará supeditada al momento en que pierda vigencia dicho real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo.

Como hemos mencionado anteriormente, para poder acogerse a la resolución contractual nuestro cliente primero deberá de negociar durante los siguientes 60 días a su solicitud la posible modificación del contrato. En este proceso el usuario tendrá la obligación de negociar de buena fe intentando preservar la reciprocidad de intereses del contrato. Esto constituye una obligación de medios, no de resultado, por lo que en ningún caso tendrá que aceptar una solución con la que no esté conforme, y, en consecuencia, podría rechazar el bono que le ofrece Iberia.

Finalmente, si transcurriese el plazo referido sin llegar a un acuerdo, nuestro cliente podría optar libremente por la resolución contractual y la aerolínea tendría que abonarle el importe de los billetes en un plazo máximo de 14 días. Dicho reembolso se realizará del mismo modo en el que se hubiese efectuado el pago inicial, aunque podría deducirse la proporción que se correspondiese con los gastos en los que hubiese incurrido la

⁵⁵ Ribón Seisdedos, E., “Conflictos que se avecinan entre consumidores y empresarios por razón de una deficiente intervención legislativa”, Editorial Jurídica Sepín, abril de 2020 (disponible en <https://www.sepin.es/cronus4plus/documento/verDoc.asp?dist=82&referencia=SP%2FDOCT%2F104462&cod=0010f80m608K2MS00r05v0041iV0GB01g1yi0FP1S%242A50Ef1LG1jF0E%5F1C30%4000FF0yZ1jG0I10Le2A00Fb01e1zk0Hb03A0XJ0FQ01f0XP0H60Lf0%40G09Q01f01k0JQ0FS1z10G02MV1S70GB07u1Cj0GK2JQ0Vf0GU1T10G9>; última consulta 31/12/2020)

compañía a causa del presente negocio jurídico, no obstante, estos importes deberán de ser desglosados y se pondrán a disposición de nuestro cliente.

Cabe decir que entendemos que de conformidad con los principios *pro consumatore* y de protección de los intereses económicos de los consumidores y usuarios, si se acreditase antes del transcurso de 60 días que no se ha podido alcanzar un acuerdo durante el periodo de negociación, siendo esto beneficiase al usuario, éste podría pedir la resolución del contrato antes de la terminación de dicho plazo; por el contrario, cuando esto perjudicase al Sr. Peláez, el empresario estaría obligado a agotar los 60 días, pues el propio usuario aún tendría tiempo, antes de que caducase su derecho, para replantearse sus propias propuestas o las que le hubiesen sido ofrecidas por su contraparte.⁵⁶

⁵⁶ Carballo Fidalgo, O. “Medidas de protección a los consumidores en materia contractual en el Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19”, Noticias Jurídicas, 2 de abril de 2020 (disponible en <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/15015-medidas-de-proteccion-a-los-consumidores-en-materia-contractual-en-el-real-decreto-ley-11-2020-de-31-de-marzo-por-el-que-se-adoptan-medidas-urgentes-complementarias-en-el-ambito-social-y-economico-para-hacer-frente-al-covid-19/>; última consulta 31/12/2020)

8. Derecho a la devolución inmediata del precio del hotel sin tener que negociar su posible sustitución por un bono

En el supuesto planteado habría que recurrir nuevamente al artículo 36 del Real Decreto-Ley 11/2020 (en adelante, “**el artículo 36**”) y analizar su adecuación con el negocio jurídico en concreto, que en este caso sería el contrato de hospedaje suscrito por el Sr. Peláez.

En primer lugar comprobamos que la reserva del hotel se extiende desde el día 6 de abril hasta el día 19 de abril de 2020. Durante este período al empresario le sería imposible dar cumplimiento a su prestación a causa de una normativa que le impide acoger turistas, en concreto, la Orden SND/257/2020, de 19 de marzo, por la que se declara la suspensión de apertura al público de establecimientos de alojamiento turístico.

En segundo lugar hay que decir que el contrato de hospedaje es un contrato de tracto sucesivo, como acertadamente define la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1995.⁵⁷ Este factor será relevante, pues nos va a generar grandes dificultades a la hora de interpretar el artículo 36. Esto se debe a que el mismo está redactado de forma parcialmente incomprensible, se contradice a sí mismo y genera confusión, por las siguientes razones:⁵⁸

1. Al tenor del mismo serán de aplicación a los contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo tanto el apartado primero como el apartado tercero de este artículo, sin especificar en qué supuestos procede uno y en cuales el otro; además, esta regulación es del todo incongruente, pues el apartado primero permite la resolución contractual a petición del usuario, mientras que el apartado tercero descarta la rescisión contractual (término mal empleado, pues en su contexto se

⁵⁷ Wolters Kluwer, “Contrato de hospedaje” (disponible en https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbFljTAAAUmJA0sztlLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAptxyzUAAAA=WKE; última consulta 31/12/2020)

⁵⁸ Marín López, M.J., “EFECTOS DEL COVID-19 EN LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES: EL ART. 36 DEL RD-LEY 11/2020”, Centro de Estudios de Consumo, 11 de abril de 2020 (disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Efectos_del_COVID-19_en_los_contratos_con_consumidores-el_art_36_del_RD-ley_112020.pdf; última consulta 31/12/2020)

refiere a la resolución contractual), salvo que las partes hubiesen convenido lo contrario.

2. El apartado tercero permite que el usuario perciba los importes abonados por el período en el que los servicios no se hubiesen prestado, pero no especifica qué acción habría que ejercer a tal efecto. En este sentido, cabrían dos opciones: que continúe vigente el contrato pero con la rebaja del precio por las prestaciones no satisfechas o; la resolución contractual, que al mismo tiempo se prohíbe en el mismo apartado -aunque al contradecirse con el mencionado art. 36.1 acabe siendo de aplicación este, de conformidad, con el principio *pro consumatore*-.
3. Al no aludir el artículo 36.3 al plazo de sesenta días de negociación, ¿se dará este también en estos casos?

“Son posibles dos interpretaciones. A) Primera: no se exige que transcurran esos sesenta días de “negociaciones”. Así resulta de la literalidad del art. 36.1. (que no es la literalidad del art. 36.3). Esta tesis es la que parece acoger el documento del Ministerio de Consumo (punto 5, en la pg. 4).⁵⁹ B) Segunda: sí deben transcurrir sesenta días antes de que el consumidor pueda reclamar la devolución de cantidades. Así resulta del propio art. 36.1, que expresamente se aplica a los contratos “de prestación de servicios, incluidos los de tracto sucesivo”. Además, no hay razones (salvo el capricho del legislador) para exigir esa negociación previa de sesenta días en todos los contratos y no en los de servicios de tracto sucesivo. Repárese en que esta interpretación es la que mejor encaja con la finalidad del art. 36 (impedir que el empresario se vea obligado a devolver inmediatamente mucho dinero por no haber prestado los servicios contratados). De otra parte, si no se interpreta así el art. 36.3 sería una norma “muerta”, inane, que en nada modifica el régimen que estos contratos tenían antes del RD-Ley 11/2020.

⁵⁹ Secretaria General de Consumo y Juego, “Derechos de consumidores y usuarios ante la situación provocada por el coronavirus (COVID-19)”, Ministerio de Consumo, 2 de abril de 2020 (disponible en https://cec.consumo.gob.es/CEC/docs/documentos/noticias/20200326_Actualizacion_nota_derechos_consumidores.pdf; última consulta 31/12/2020)

En todo caso, el resultado al que conduce esta interpretación es incongruente. En los contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo, si el empresario incumple y ese incumplimiento es “grave” (resolutorio), el consumidor no podrá inmediatamente resolver, sino que sólo podrá hacerlo después de transcurridos sesenta días de “negociación” con el empresario. Sin embargo, el consumidor sí podrá rápidamente solicitar una rebaja del precio, sin tener que soportar ese retraso de sesenta días, porque la “negociación” de sesenta días sólo se prevé en el art. 36.1 cuando el consumidor pretende ejercitar la acción resolutoria, pero no otra”.⁶⁰

Expuesto lo anterior, el contrato podrá ser resuelto aunque se trate de una prestación de servicios de tracto sucesivo, con independencia de lo estipulado en el artículo 36.3; y la norma cobrará un mayor sentido si entendemos que para este tipo de contratos también será perceptivo el obligado cumplimiento del período de negociación de sesenta días.

Consecuentemente, el Sr. Peláez tendrá derecho al reembolso de las cantidades por él anticipadas, pero su contraparte podría obligarle a negociar una posible modificación contractual durante un plazo máximo de sesenta días y, por tanto, no procedería la devolución inmediata del importe, salvo cuando el hotel lo aceptase. Si no se llegase a un acuerdo en este lapso de tiempo, siempre que el Sr. Peláez hubiese actuado de buena fe durante todo el proceso de negociación, podrá resolver el contrato y le serían reembolsadas las cantidades anticipadas en un plazo máximo de catorce días, salvo los gastos en los que hubiese incurrido el hotel debido a este negocio jurídico.

⁶⁰ Marín López, M.J., “EFECTOS DEL COVID-19 EN LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES: EL ART. 36 DEL RD-LEY 11/2020”, Centro de Estudios de Consumo, 11 de abril de 2020 (disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Efectos_del_COVID-19_en_los_contratos_con_consumidores-_el_art_36_del_RD-ley_112020.pdf; última consulta 31/12/2020)

No obstante, como explicamos en el apartado anterior, si antes del transcurso de sesenta días estuviese claro que no se va a llegar a ningún acuerdo, y esto le reportase algún beneficio, podría instar la resolución antes del cumplimiento de este plazo, de conformidad del principio *pro consumatore*.

Por otro lado, en relación con el cómputo del plazo para el ejercicio de la resolución contractual también me remito a lo mencionado en el apartado anterior, sin embargo, en este caso nos podríamos encontrar con una dificultad adicional. Y es que el empresario podría retrasar aún más el cómputo del plazo de inicio de las negociaciones por encontrarse su local comercial cerrado al público, pues si bien es cierto que lo que suspende la normativa es su apertura al público y que, por tanto, podría seguir ejerciendo su actividad profesional por medio del teletrabajo, no es menos cierto que una interpretación equitativa y racional no le debería de exigir esto, precisamente por encontrarse su local cerrado por imperativo legal.

Sentado lo anterior, que concluye que el Sr. Peláez no tendría derecho a la devolución inmediata del importe abonado por su reserva y que tendría que negociar la modificación contractual si el hotel así lo quisiese. Cabe decir que sí que existe una hipótesis que permitiría a nuestro cliente pedir la devolución del importe *ipso facto*.

En este sentido podría plantearse la posibilidad de argüir que nada pone el artículo 36.3 acerca del plazo de negociación de sesenta días y que, en virtud del principio *pro consumatore*, sí que se nos debería de conceder la devolución inmediata del importe. No obstante, de esta manera estaríamos argumentando la cuestión del plazo de negociación con arreglo a la lectura más estricta del artículo 36.3, mientras que al mismo tiempo también pretenderíamos que se nos aplicase el artículo 36.1 en lo referente a la resolución contractual, e igualmente en virtud del principio *pro consumatore*.

Esta solución nos parece enrevesar demasiado la interpretación de una norma que ya es suficientemente enrevesada, y seguramente fuese concebida como un proyecto de ingeniería normativa demasiado evidente y manifiestamente contrario

al espíritu de la norma a los ojos del tribunal. Sin embargo, podría servirnos como argumento para intimidar al hotel ante la posibilidad de incurrir éste en más gastos debido a un procedimiento judicial. De todos modos, esta vía supone un alto riesgo de que la devolución del importe se demorase aún más que la legalmente prevista si el hotel no cediese ante nuestra intimidación, y podría considerarse que estamos actuando de mala fe durante el proceso de negociación de la modificación contractual.

Terminaré este apartado tan controvertido con una cita del Sr. Eugenio Ribón Seisdedos, Presidente de la Asociación Española de Derecho al Consumo, que manifiesta su indignación con el artículo 36 del Real Decreto-Ley 11/2020 de la siguiente manera:

*“MARÍN LÓPEZ (Nota) , en su acertado examen de los efectos del COVID-19 en los contratos con consumidores advierte de la redacción penosa de la norma. Y tiene razón, una vez más, el meritado Catedrático de Derecho Civil. Nos enfrentamos no solo a una norma innecesaria y perjudicial para los consumidores, sino a un precepto con una lamentable redacción en términos de mera inteligencia gramatical. No es tarea sencilla legislar y menos aún en tiempos de crisis y con la premura que la situación impone, pero en el articulado del RD Ley 11/20, se ha evidenciado que hay otros Ministerios de marcado carácter proteccionista de la economía empresarial, con mayor influencia que el de Consumo, que han ganado la batalla a los usuarios. Al menos en la imprenta nacional del BOE. Cuestión distinta, serán las correcciones que necesariamente habrán de realizar nuestros tribunales por contravenir muchos de sus principios los superiores mandatos del Derecho de la Unión. Y es que el legislador español parece haber cogido el gusto a los viajes a Luxemburgo ante el TJUE”.*⁶¹

⁶¹ Ribón Seisdedos, E., “Conflictos que se avecinan entre consumidores y empresarios por razón de una deficiente intervención legislativa”, Editorial Jurídica Sepín, abril de 2020 (disponible en <https://www.sepin.es/cronus4plus/documento/verDoc.asp?dist=82&referencia=SP%2FDOCT%2F104462&cod=0010f80m608K2MS00r05v0041iV0GB01g1yi0FP1S%242A50Ef1LG1jF0E%5F1C30%4000FF0>)

9. Resolución del contrato de alquiler de vehículo sin penalizaciones convencionales

En relación con contrato de alquiler de vehículo sin conductor debemos de volver a hacer referencia al artículo 36, pues nuevamente se dará la imposibilidad de cumplimiento del contrato por parte del empresario.

Y es que por un lado, aunque que el establecimiento de Hertz continúe abierto al público, en virtud del preámbulo y del artículo 2.1 de la Orden TMA/254/2020, de 18 de marzo, éste solo permanecerá abierto para: (i) que los clientes que previamente hubiesen alquilado un vehículo puedan devolverlo a la compañía; (ii) para dar servicio a los transportistas de mercancías ; y (iii) para contratar con los usuarios cuyo desplazamiento esté justificado de conformidad con el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Al no corresponderse ninguno de estos motivos con el alquiler del vehículo del Sr. Peláez, puesto que su finalidad es meramente ociosa, Hertz no podrá cumplir con su obligación.

Vista la imposibilidad de cumplimiento tan solo nos quedaría por identificar si se trata de un contrato de tracto sucesivo o de un contrato de tracto único. Partiendo de la naturaleza de este tipo de contratos, que suelen estipular un tiempo determinado para el libre uso y disfrute del vehículo, podemos atisbar que se trata de un contrato de tracto sucesivo, pues constituye una única prestación continuada en el tiempo.

Al haber visto en la cuestión anterior del presente informe que la resolución también será posible en los contratos de tracto sucesivo, con independencia de lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 36, y que las condiciones aplicables para instar dicha resolución serán las previstas en el artículo 36.1, tendrá escasa relevancia su configuración como prestación de tracto sucesivo.

Sentado lo anterior, tendríamos que comunicar a la compañía Hertz nuestra voluntad de resolver el contrato debido a la imposibilidad de su cumplimiento. A este respecto, convendría demostrar que no hemos podido embarcar en el vuelo cuyo número conoce la propia compañía. Para ello, a título de ejemplo, podríamos solicitar un justificante de la

yZ1jG0I10Le2A00Fb01e1zk0Hb03A0XJ0FQ01f0XP0H60Lf0%40G09Q01f01k0JQ0FS1z10G02MV1S70GB07u1Cj0GK2JQ0Vf0GU1T10G9; última consulta 31/12/2020)

compañía aérea (Iberia) que constatase que no pudimos coger el vuelo debido a que el Sr. Peláez no reunía los requisitos dispuestos en el apartado séptimo del Real Decreto 463/2020. Así mismo, como se expuso con anterioridad, para cursar dicha solicitud tendremos un plazo máximo de 14 días a contar desde el día 7 de abril de 2020 (el día después a la fecha cuando fue imposible el cumplimiento del contrato), aunque hemos de recordar que los plazos civiles se encuentran suspendidos. Más tarde se abriría un plazo de sesenta días para negociar con la contraparte una posible modificación contractual, para finalmente resolver el contrato si no se alcanzase ningún acuerdo en este periodo de tiempo.

Cabe decir que al pedir la resolución contractual procedería la devolución de la totalidad del importe anticipado por nuestro cliente, al que tan sólo se le podrán deducir los gastos incurridos por la compañía a causa de este negocio, que tendrán que aparecer debidamente desglosados y ponerse a disposición del Sr. Peláez; pero en ningún caso las comisiones por cancelación o cualquier otro tipo de penalización, pues esto contrariaría el apartado segundo del artículo 36.

10. Normativa civil aplicable en ausencia del artículo 36.1 del Real Decreto-Ley 11/2020

Comenzaremos afirmando que la normativa aplicable en ausencia del Real Decreto-Ley 11/2020 sería, sin lugar a dudas, mucho más favorable para nuestros intereses, al ser ésta más proteccionista para con el usuario, que es y debería de seguir siendo considerada, incluso en período de crisis, la parte más débil en la relación contractual.

En los tres contratos analizados nos encontramos ante la imposible prestación de determinadas obligaciones, que son las siguientes: el transporte del Sr. Peláez de Madrid a Palma de Mallorca; el uso y disfrute de un vehículo sin conductor en este lugar; y su hospedaje en un hotel. Todas estas obligaciones corren a cargo del empresario, pues nuestro cliente ya cumplió con la totalidad de sus prestaciones al abonar por anticipado el coste de estos servicios.

Hay que resaltar que las imposibilidades a las que nos referimos no pueden estimarse que fuesen culpa de ninguna de las partes, pues como se ha explicado en apartados anteriores, tanto el supuesto extraordinario del origen de la pandemia, como sus consecuencias, entre las que se encuentran las medidas de contención adoptadas por las autoridades competentes, fueron del todo ajenas, imprevisibles e inevitables para las partes.

Habiendo concurrido estos requisitos y dándose en todos estos supuestos una clara imposibilidad legal, objetiva, absoluta y duradera, que no es imputable a los deudores (STS núm. 318/2014 de 5 de junio), nos encontramos ante una situación en la que el empresario, que sería el deudor de la prestación insatisfecha, podría alegar un supuesto de fuerza mayor para así exonerarse la responsabilidad por su incumplimiento (art. 1.105 CC).

Siendo este el caso, al empresario le corresponderá la carga probatoria, pues es quien invoca dicha institución a su favor (artículo 217.3 y 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Éste no debería de probar el hecho público y notorio de la pandemia, sino que objetivamente no pudo cumplir su obligación debido a la afección de la norma específica

al negocio jurídico en concreto, teniendo que probar así la relación de causalidad entre el incumplimiento y el suceso imprevisible.⁶²

Cabe destacar que no es un supuesto novedoso la aplicación de la fuerza mayor a los contratos de prestación de servicios con motivo de una crisis sanitaria. A título de ejemplo, podemos nombrar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de diciembre de 2013, que reconoció la exoneración de responsabilidad de una compañía de cruceros que no atracó en determinados puertos debido a un brote de gripe A; así como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 169/2006, de 6 de julio de 2006, que estimó el supuesto de fuerza mayor condenando a una aerolínea a devolver el importe abonado por una agencia de viajes debido a la compra de unos billetes a Toronto, cuando en este lugar se dio un brote de SARS (Síndrome Respiratorio Agudo Grave).⁶³

Es importante destacar que en todos estos supuestos existían ordenes de las autoridades competentes que hacían imposibles el cumplimiento de la prestación, siendo este un presupuesto indispensable para que pueda darse la fuerza mayor (STS de 20 de febrero de 2011; y Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 6 de julio de 2011).⁶⁴

Siguiendo con nuestro supuesto, debe decirse que al haber cumplido nuestro cliente en todos los casos con la correspondiente prestación a su cargo, sin percibir en ninguno de éstos la debida contraprestación, que por su naturaleza siempre fueron recíprocas, el Sr. Peláez podrá optar entre pedir el cumplimiento tardío por parte del empresario o la resolución contractual. En un principio con la indemnización de daños y perjuicios,

⁶² Ramón y Cajal Abogados, “Incidencias provocadas por el coronavirus (“SARS-COV-2”) en las relaciones jurídico-privadas: en particular, en la cadena de suministro de productos comercializados en el mercado español”, 17 de marzo de 2020 (disponible en <https://www.ramonycajalabogados.com/es/incidencias-provocadas-por-el-coronavirus-en-la-cadena-de-suministro-0#item5>; última consulta 31/12/2020)

⁶³ PwC, “Fuerza mayor motivada por enfermedades o epidemias: cancelación de viajes y eventos”, Periscopio Legal y Fiscal, 24 de marzo de 2020 (disponible en <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/fuerza-mayor-motivada-por-enfermedades-o-epidemias-cancelacion-de-viajes-y-eventos/>; última consulta 31/12/2020)

⁶⁴ Ramón y Cajal Abogados, “Incidencias provocadas por el coronavirus (“SARS-COV-2”) en las relaciones jurídico-privadas: en particular, en la cadena de suministro de productos comercializados en el mercado español”, 17 de marzo de 2020 (disponible en <https://www.ramonycajalabogados.com/es/incidencias-provocadas-por-el-coronavirus-en-la-cadena-de-suministro-0#item5>; última consulta 31/12/2020)

aunque estos no deberán de ser abonados por deberse dicho incumplimiento a un supuesto de fuerza mayor (arts. 1.105 y 1.124 CC).

Y si finalmente el Sr. Peláez se decantase por resolver el contrato las partes deberán restituirse recíprocamente lo que hubiesen recibido el uno del otro (art. 1.303 CC), lo que en este caso significa el reembolso de los importes abonados por nuestro cliente. El plazo para el ejercicio de este derecho por el Sr. Peláez sería de cinco años a contar desde que se dio el incumplimiento (art. 1.964 CC).

Cabe añadir que al tratarse de contratos con consumidores y usuarios también sería de aplicación la regulación especial comprendida en 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 (en adelante, “**TRLGDCU**”).

A este respecto es destacable el artículo 110 TRLGDCU, que prevé que la no ejecución del contrato a distancia conlleva la devolución al usuario la totalidad de la suma que éste hubiese abonado sin ningún tipo de demora, pudiendo éste reclamar su importe duplicado si el empresario se retrasase de forma injustificada.⁶⁵

Contrastando este precepto con el artículo 36, que impone la negociación de sesenta días con el empresario, el reembolso en un plazo máximo de catorce días desde la resolución del contrato y la deducción de los gastos de gestión en los que incurre el empresario (por no entrar en el plazo de caducidad de la acción), podemos comprobar la magnitud de la amputación de los derechos sufrida por el usuario.

Asimismo queda evidenciada la ruptura del artículo 36 con el principio de supremacía del Derecho de la Unión Europea, en tanto en cuanto, el artículo 18.3 de la Directiva 2011/83/UE, estipula que *“cuando se haya resuelto el contrato, el comerciante deberá*

⁶⁵ Ribón Seisedos, E., “Conflictos que se avecinan entre consumidores y empresarios por razón de una deficiente intervención legislativa”, Editorial Jurídica Sepín, abril de 2020 (disponible en <https://www.sepin.es/cronus4plus/documento/verDoc.asp?dist=82&referencia=SP%2FDOCT%2F104462&cod=0010f80m608K2MS00r05v0041iV0GB01g1yi0FP1S%242A50Ef1LG1jF0E%5F1C30%4000FF0yZ1jG0I10Le2A00Fb01e1zk0Hb03A0XJ0FQ01f0XP0H60Lf0%40G09Q01f01k0JQ0FS1z10G02MV1S70GB07u1Cj0GK2JQ0Vf0GU1T10G9>; última consulta 31/12/2020)

reembolsar sin ninguna demora indebida todas las cantidades abonadas en virtud del mismo”.

Además, en relación con las prestaciones de servicios de tracto sucesivo el artículo 62.3 TRLGDCU dicta que no pueden haber obstáculos para poner fin a dichos contratos; pudiendo el consumidor ejercer este derecho *“en la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas, tales como la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente (piénsese en los gastos en los que incurre el empresario), la ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados* (tampoco caben por tanto las comisiones por la cancelación de la reserva del vehículo)”. En el mismo sentido se pronuncia también el artículo 87.6 TRLGDCU.⁶⁶

Hemos de recordar que el régimen de la fuerza mayor es dispositivo, y que por tanto podría haberse excluido la devolución del importe abonado aunque se diese este supuesto, no obstante, esta cláusula sería abusiva, y por tanto, nula en contratos con consumidores y usuarios, en virtud de los artículos 10, 86, 87 y 89 TRLGDCU que prohíben la renuncia previa de los derechos reconocidos a los usuarios.

Sentado lo anterior, hemos de advertir de un gran riesgo, y es que la imposibilidad cuando es temporal o transitoria puede tener simplemente efectos modificativos (STS de 11 de noviembre de 1987). En estos casos la fuerza mayor implicaría que hay una imposibilidad en relación con que el contrato se cumpla en la fecha prevista, pero que éste podría cumplirse más adelante, por ejemplo, en nuestro caso, cuando se levanten las medidas que imposibilitan que el Sr. Peláez viaje a Palma de Mallorca; alquile allí un coche; o se hospede en el hotel; a partir de entonces, como las prestaciones ya serían posibles, podría reanudarse el contrato cuyas prestaciones simplemente habrían quedado temporalmente suspendidas. Recordemos que esta medida se corresponde mejor con el principio de

⁶⁶ Ribón Seisdedos, E., “Conflictos que se avecinan entre consumidores y empresarios por razón de una deficiente intervención legislativa”, Editorial Jurídica Sepín, abril de 2020 (disponible en <https://www.sepin.es/cronus4plus/documento/verDoc.asp?dist=82&referencia=SP%2FDOCT%2F104462&cod=0010f80m608K2MS00r05v0041iV0GB01g1yi0FP1S%242A50Ef1LG1jF0E%5F1C30%4000FF0yZ1jG0I10Le2A00Fb01e1zk0Hb03A0XJ0FQ01f0XP0H60Lf0%40G09Q01f01k0JQ0FS1z10G02MV1S70GB07u1Cj0GK2JQ0Vf0GU1T10G9>; última consulta 31/12/2020)

conservación de los actos jurídicos (artículo 1.284 CC), que como hemos indicado anteriormente es un principio informador de nuestro sistema jurídico.

En estos casos el juez tendría que tomar en consideración los intereses de ambas partes para decidir si se puede modificar el contrato (estimando la pretensión del empresario) o si por el contrario esto es inviable, procediendo así a la resolución contractual.

En este sentido parece que la modificación contractual sí que podría ser una solución equilibrada en algunos casos, como en el contrato de transporte aéreo, pues con gran probabilidad el Sr. Peláez sí que cogerá un avión para viajar a cualquiera de los destinos que ofrece la compañía en un plazo relativamente corto de tiempo; pero que no procedería, por ejemplo, en el contrato de hospedaje, ya que es posible que el Sr. Peláez no vuelva a ir a Palma de Mallorca en un largo periodo de tiempo, y que si fuese, pudiese preferir hospedarse en otro hotel por encontrarse allí sus familiares o allegados.

Además, el juez muy probablemente tuviese en consideración la doctrina de la base de negocio, y siendo la finalidad principal del Señor Peláez la de viajar para celebrar un negocio jurídico que finalmente fue frustrado, no creemos que estimase la modificación contractual.

Asimismo, la solución ofrecida por la fuerza mayor modificativa sería más justa en el caso de que ninguno hubiese cumplido aún su prestación, pues entonces cabría la *exceptio non adimpleti contractus*, en virtud de la cual las prestaciones recíprocas a cargo de ambas partes quedarían suspendidas, incluso cuando a una de las partes no le afectase el supuesto de fuerza mayor. Pero al no ser este el caso, al tratarse de un contrato con usuarios, y tomando en consideración la jurisprudencia conocida hasta la fecha (anteriormente mencionada) tendría más sentido acudir al artículo acudir a la solución ofrecida por el artículo 1.124 CC, y aplicar la fuerza mayor tan sólo para condonar al empresario el abono de los daños y perjuicios ocasionados al Señor Peláez (1.105 CC).

Para finalizar hay que añadir que nunca antes había ocurrido que debido a un supuesto de fuerza mayor tantos contratos se viesan afectados al mismo tiempo, habida cuenta del impacto en el sector del turístico, que es uno de los más afectados, y de la necesidad de proteger a los empresarios impera la incertidumbre acerca de la posición que puede tomar la jurisprudencia a este respecto. En cualquier caso deberá de analizarse el supuesto

concreto para ver que posible solución se adecua mejor a sus circunstancias y, en definitiva, qué es los más equitativo para las partes.

VI. CONCLUSIONES

1. Conclusiones en relación con los negocios jurídicos en los que el Señor Peláez actúa como profesional

A continuación expondremos las conclusiones por materias para así favorecer su mejor lectura y comprensión:

(a) Modificación y resolución de la opción de compra

En primer lugar, hemos comprobado que la *rebus sic stantibus* tiene muchas posibilidades de éxito si lo que se pretende es una reducción en el precio de la opción de compra. Esto se debe a que concurren todos los requisitos para que esta figura sea de aplicación. Siendo especialmente notorio que a causa de la alteración de circunstancias se ha dado un grave desequilibrio prestacional, provocando una excesiva onerosidad para el Sr. Peláez. En este sentido, habrá que poner especial énfasis en que la finalidad principal de este negocio, que es el arrendamiento a largo plazo de las viviendas, se ha visto frustrada.

De igual modo, los riesgos que se derivan de esta pretensión son bajos, pues se resumirían principalmente en dos: que el Sr. Peláez hubiese actuado de mala fe; o que el tribunal optase por una apreciación demasiado estricta de la finalidad pretendida por nuestro cliente, estimando que ésta fue la obtención de financiación para sufragar la compra del complejo de viviendas.

En segundo lugar, afirmamos que la extensión del plazo para ejercer la opción de compra podría ser una medida razonable debido a los mismos motivos que justifican la reducción de su precio, no obstante, esta pretensión es más arriesgada, pues hasta la fecha la doctrina jurisprudencial no ha aplicado la *rebus* cuando las expectativas de obtener financiación por parte de un profesional del sector se han visto frustradas.

Por último, no valoramos que sea acertado pedir la resolución contractual, pues tanto la doctrina como la jurisprudencia siempre han preferido optar por el alcance modificativo de la *rebus* cuando este fuera posible. Igualmente tampoco sería

justa la resolución del contrato, pues en vez de aspirar a restablecer el equilibrio prestacional estaríamos pretendiendo trasladar la totalidad de los perjuicios, y por ende, la excesiva onerosidad a la Promotora. Además, en virtud del principio de justicia rogada cuando pidamos la resolución contractual, si ésta no procediese, tampoco se nos podría conceder la modificación contractual.

(b) Ejecución de la opción de compra

Asimismo estimamos que no es conveniente pedir una rebaja en el precio de la ejecución de la opción de compra. Esto se debe a que la finalidad principal del contrato sigue viéndose frustrada aún cuando se estimase esta medida, por lo que el tribunal podría considerar que estamos tratando de reducir el precio de la compraventa de forma oportunista. Además, la doctrina y la jurisprudencia son pacíficas al señalar que la revalorización o depreciación de los inmuebles por la dilación entre el momento en el que se perfeccionó el contrato de compraventa y cuando se ejecutó son riesgos propios de la actividad económica y del libre mercado.

Por otro lado, el Sr. Peláez tiene la oportunidad de firmar la ejecución de la opción de compra a distancia por lo que no podría alegar la fuerza mayor en base a la imposibilidad de comparecer en la Notaría de Tenerife. De esta manera, si no ejecutase la opción de compra, de conformidad con la institución de la caducidad, perdería la opción de compra en exclusiva sobre las viviendas y el precio abonado por la adquisición de ésta.

(c) Posibilidades de éxito de la aplicación de la *rebus* por parte del arrendatario para así aminorar el precio de la renta

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial actual el arrendatario no podría ampararse en la *rebus* para reducir el precio de la renta. Esto se debe a que en los arrendamientos a largo plazo es previsible la fluctuación en el precio de la vivienda. Así mismo, la finalidad principal pretendida por este negocio, que es el goce pacífico de la vivienda, no se encuentra comprometido por la alteración de circunstancias.

No obstante, existe un riesgo moderado de que la doctrina jurisprudencial evolucione hacia la protección del arrendatario y que flexibilice la apreciación de los criterios para aplicar la *rebus*.

2. Conclusiones en relación con aquellos negocios jurídicos en los que nuestro cliente actúa como usuario

Al abordar esta cuestión continuaremos con el mismo sistema empleado en el apartado anterior, dividiendo las conclusiones en las siguientes materias:

(a) Contrato de prestación de servicios de tracto único

Nuestro cliente tendrá derecho a resolver el contrato al amparo del artículo 36.1, siendo sus únicas obligaciones: la de cumplir los plazos de caducidad y de negociación legalmente previstos en el propio artículo 36; y la de actuar de buena fe durante el periodo de negociaciones. Una vez satisfechos estos requisitos tendrá derecho a rechazar el bono que le ofrece la compañía y a que se le reembolse el dinero que anticipó según los términos estipulados en el artículo 36.2.

(b) Contrato de prestación de servicios de tracto sucesivo

Habría un método por medio del cual el Sr. Peláez podría solicitar la resolución y el reembolso inmediato del importe anticipado por la reserva de hotel, no obstante, este tiene escasas posibilidades de éxito y podría acabar demorándose más que el cauce legalmente establecido en el artículo 36.1. Por este motivo aconsejamos a nuestro cliente negociar con el hotel en la forma prevista en el citado artículo si esto fuera necesario.

En relación con el contrato de alquiler de vehículo sin conductor, nuestro cliente sí que tendría derecho a resolver el contrato, solicitando así la devolución de la totalidad del dinero abonado. No obstante, la compañía Hertz podría quedarse con la porción dineraria que se correspondiese con los gastos en los que la misma hubiese incurrido en este negocio jurídico; pero nunca con la comisión por cancelación o cualquier otro dinero (artículo 36.2).

(c) Normativa civil a falta del artículo 36 del Real Decreto-Ley 11/2020

En ausencia del Real Decreto-Ley podríamos acudir a la fuerza mayor (1.105 CC) y a la normativa específica que se aplica a los consumidores y usuarios. En virtud

de esta tendríamos derecho a la resolución contractual inmediata y a la devolución de la totalidad del dinero anticipado. Además, en caso en el que el empresario se demorase en el reembolso sin mediar causa que lo justifique podríamos pedir el importe duplicado.

En este punto también existe el riesgo de que el empresario pretenda modificar el contrato invocando la fuerza mayor en su alcance modificativo, no obstante, debido a las características del contrato las posibilidades de éxito de esta pretensión son bajas.