



FACULTAD DE DERECHO

**CASO PRÁCTICO PARA EL TRABAJO DE FIN DE
MÁSTER UNIVERSITARIO DE ACCESO A LA
ABOGACÍA**

**Madrid
Enero 2021**

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| OBJETO DEL TRABAJO | 4 |
| 1. CUESTIÓN PRIMERA | 6 |
| 1.1 PRINCIPIO <i>PACTA SUNT SERVANDA</i> | 7 |
| 1.2 CLÁUSULA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i> | 8 |
| 1.3 DIFICULTAD DE FINANCIACIÓN | 9 |
| 1.4 CONCLUSIÓN | 14 |
| 2. CUESTIÓN SEGUNDA | 14 |
| 2.1 RIESGO CONTRACTUAL | 15 |
| 2.2 FLUCTUACIÓN DEL MERCADO | 16 |
| 2.3 INTENCIÓN ESPECULATIVA DE LA COMPRA | 22 |
| 2.4 CONCLUSIÓN | 24 |
| 3. CUESTIÓN TERCERA | 25 |
| 3.1 REAL DECRETO 463/2020 | 25 |
| 3.2 CONCLUSIÓN | 27 |
| 4. CUESTIÓN CUARTA | 27 |
| 4.1 TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA CLÁUSULA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i> | 28 |
| 4.1.1 LA OPCIÓN DE COMPRA COMO CONTRATO DE TRACTO ÚNICO | 30 |
| 4.1.2 PROBLEMAS ADICIONALES A LA APLICACIÓN DE LA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i> | 31 |
| 4.1.2.1 RESCISIÓN POR LESIÓN | 31 |
| 4.1.2.2 IMPREVISIBILIDAD | 32 |
| 4.1.2.3 LA CLÁUSULA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i> COMO FIGURA MODIFICATIVA | 33 |
| 4.2 UNILATERALIDAD O BILATERALIDAD DE LA OPCIÓN | 34 |
| 4.3 CONCLUSIÓN | 35 |
| 5. CUESTIÓN QUINTA | 36 |
| 5.1 FUNCIÓN DEL NOTARIO | 37 |
| 5.2 REAL DECRETO 463/2020 | 39 |
| 5.2.1 VIDEOCONFERENCIA O VIDEOLLAMADA NOTARIAL | 42 |
| 5.2.2 ACTAS NOTARIALES | 43 |
| 5.2.3 <i>Las actas notariales de juntas de sociedades y asociaciones por videoconferencia</i> | 44 |
| 5.3 CONCLUSIÓN | 46 |
| 6. CUESTIÓN SEXTA | 48 |
| 6.1 SENTENCIAS DE 30 DE JUNIO Y 15 DE OCTUBRE DE 2014 DEL TRIBUNAL SUPREMO | 51 |
| 6.2 SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 FEBRERO DE 2015 | 53 |
| 6.3 CONCLUSIÓN | 60 |
| 7. CUESTIÓN SÉPTIMA | 60 |
| 7.1 CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO | 60 |
| 7.2 CONCLUSIÓN | 63 |
| 8. CUESTIÓN OCTAVA | 63 |
| 8.1 LA NEGOCIACIÓN COMO MEDIO PARA REVISAR EL CONTRATO | 63 |

| | | |
|------|--|----|
| 8.2 | EL DERECHO A RESOLVER EL CONTRATO POR PARTE DEL CONSUMIDOR _____ | 65 |
| 8.3 | LA DEVOLUCIÓN DEL PRECIO COMO EFECTO DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA _____ | 66 |
| 8.4 | CONCLUSIÓN _____ | 68 |
| 9. | CUESTIÓN NOVENA _____ | 68 |
| 9.1 | PENALIZACIÓN POR COMISIONES DE CANCELACIÓN _____ | 69 |
| 9.2 | CONCLUSIÓN _____ | 71 |
| 10. | CUESTIÓN DÉCIMA _____ | 71 |
| 10.1 | EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL PRO CONSUMATORE _____ | 72 |
| 10.2 | EL ARTÍCULO 36 DEL REAL DECRETO-LEY 11/2020 Y LAS DISCREPANCIAS CON EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS _____ | 73 |
| 10.3 | CONCLUSIÓN _____ | 77 |
| 11. | CONCLUSIONES FINALES _____ | 77 |
| 12. | BIBLIOGRAFÍA _____ | 84 |

OBJETO DEL TRABAJO

La finalidad del presente trabajo es la elaboración de un informe jurídico realizado en base a una serie de preguntas y consultas formuladas en el marco de una opción de compra prevista por nuestro cliente, en adelante, el Sr. Peláez.

El Sr. Peláez viene a nuestra consulta y nos pregunta lo siguiente:

1. ¿Debe la promotora reducir el precio de la opción de compra dado que la misma sabía que la finalidad de la operación era comercializar las viviendas en China y que, como consecuencia del COVID-19, las expectativas del Sr. Peláez se han visto frustradas?
2. Teniendo en cuenta la depreciación del mercado inmobiliario de la zona, ¿tiene derecho el Sr. Peláez a reducir el precio de la opción de compra?
3. Teniendo en cuenta las circunstancias acaecidas por el COVID-19, ¿tiene derecho el Sr. Peláez a extender el plazo de ejercicio de la opción de compra?
4. ¿Tiene derecho el Sr. Peláez a resolver el contrato en virtud del cambio de circunstancias?
5. Como consecuencia de las restricciones a la libertad de circulación, el Sr. Peláez ve impedido su viaje a la isla de Tenerife, no pudiendo asistir a la firma ante Notario el 7 de mayo de 2020. Teniendo en cuenta esta circunstancia, ¿Qué alternativa tendrá el Sr. Peláez si el mismo no puede ir presencialmente a la firma del documento dadas las restricciones del Gobierno de la Nación?
6. De entre las diez viviendas que en un primer momento el Sr. Peláez iba a adquirir, finalmente, solo adquiere una. La pregunta que nos plantea el Sr. Peláez a esta cuestión es: ¿Puede el cliente chino invocar la cláusula *rebus sic stantibus* para rebajar un 30% el precio del alquiler?
7. Dadas las restricciones del Gobierno de la Nación, el Sr. Peláez no puede coger el vuelo que previamente había reservado con la Compañía Iberia. Teniendo en cuenta que nuestro cliente no ha podido disfrutar del servicio, ¿tiene derecho a la devolución del precio anticipado? Por motivos del COVID-19, teniendo en cuenta la multitud de contratos que se han visto frustrados, el legislador redactó el artículo 36 del Real Decreto-ley 11/2020 como medio para adoptar un equilibrio entre empresarios y

consumidores. Entre las medidas que el mismo previó, se encuentra un periodo de negociación obligacional para empresarios y consumidores donde los empresarios pueden ofrecer bonos como alternativa a la devolución del dinero. En tal caso de que la compañía con la que contrató, Iberia, le ofreciese al Sr. Peláez un bono como sustitutivo del viaje, ¿tiene el Sr. Peláez derecho a rechazar el mismo?

8. Entre los servicios que el Sr. Peláez contrató para su estancia en la Isla, se encuentra la estancia en un hotel. El Sr. Peláez nos pregunta si tiene derecho a la devolución inmediata del precio anticipado de la reserva y, en caso de que el Hotel, como alternativa, le ofreciese un bono, si puede rechazar este.
9. Además de los servicios previamente mencionados que el Sr. Peláez contrató, también se encuentra la reserva de un vehículo de la compañía Hertz para poder desplazarse por la isla. En el contrato se pactó que, en caso de cancelación del servicio, la consecuencia sería una penalización por comisiones de cancelación. En este caso, el cliente nos pregunta si hay alguna vía para que este precepto pactado no se cumpla, dada la extraordinariedad de las circunstancias acaecidas.
10. Las respuestas que se plantean para resolver el caso se dan en aplicación del artículo 36 del Real Decreto-ley 11/2020. En cambio, esta pregunta se centra en responder cuál hubiese sido la solución si el artículo 36 del Real Decreto-ley 11/2020 no hubiera existido.

Teniendo en cuenta lo anterior, van a resolverse un total de diez cuestiones planteadas, utilizando para la justificación de la respuesta y las conclusiones finales, lo siguiente: la ley vigente española, la jurisprudencia, así como la doctrina existente para cada una de las situaciones que acontecen.

Tras la resolución de las cuestiones, se ha conformado un breve análisis que recoge las conclusiones finales de cada cuestión, con la finalidad de esclarecer y clarificar la respuesta a cada supuesto planteado.

1. CUESTIÓN PRIMERA

La situación y escala de crisis económica y social provocada y a la vez consecuencia del SARS-CoV-2, en adelante COVID-19, ciertamente, ha subrayado la necesaria regulación explícita de la cláusula *rebus sic stantibus* en el Código Civil, en adelante CC, en aras de una mayor seguridad jurídica para los diversos operadores del tráfico jurídico. Tanto es así que, en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma para la gestión de situación de crisis sanitaria por el COVID-19, y en diversas normas adoptadas ulteriormente, se han venido adoptando medidas que han supuesto, no solo el confinamiento de las poblaciones, sino también la paralización forzosa de la mayoría de las operaciones económicas del país. Y, en dicho contexto, los contratos perjudicados son incontables. La catástrofe jurídica en el ámbito contractual provocada en este contexto, afectando así a contratos públicos y privados, de carácter mercantil o meramente civil, nominados o innominados, de entrega de bienes o de prestación de servicios, entre entidades empresariales, particulares o consumidores, de tracto sucesivo o de ejecución instantánea, etcétera, ha supuesto un florecimiento de propuestas y planteamientos doctrinales, suscitándose por encima del resto, efectivamente, las relativas a la cláusula *rebus sic stantibus*.

Por ello, es menester preguntarse al respecto sobre la eventual posibilidad de su aplicabilidad a todos los negocios jurídicos, sobre su contenido al ser invocada, y, más importante, sobre si constituye o no el instrumento idóneo para solventar la crisis jurídica que ha acaecido recientemente.

En el caso que nos ocupa, nuestro protagonista del caso, el Sr Peláez, nos pregunta si tiene derecho a la reducción del precio de la opción de compra teniendo en cuenta el cambio significativo en las circunstancias acaecido y la posterior dificultad de financiación en la que se ve sumido.

1.1 Principio *Pacta Sunt Servanda*

Debe decirse, para comenzar, que los artículos 1091, 1255 y 1278 CC, recogen el principio *pacta sunt servanda*, como ya apunta, entre muchas otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1998. Huelga decir que, con arreglo a lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1995, se puede afirmar que el artículo 1091 CC establece, ciertamente, el principio *pacta sunt servanda* como esencial y regulador de toda la contratación, que necesariamente debe tomarse dentro de los contornos de la autonomía de la voluntad señalados por los artículos 1255 y 1258 CC, afirmándose que los contratos se perfeccionan y obligan cualquiera que sea la forma de su celebración, siempre que concurren las condiciones que lo hacen válido, en virtud del artículo 1278 CC. Además, el citado artículo 1091 CC, conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 1986, contiene en su seno una disposición sancionadora del principio de autonomía de la voluntad y respeto y obediencia a los pactos, obligando a observar lo convenido, y no, en cambio, lo que de forma unilateral busca establecerse por una de las partes.

Así las cosas, la llamada cláusula *rebus sic stantibus* se constituye como un principio general del Derecho de los Contratos, cuyo objeto es atenuar el principio *pacta sunt servanda* posibilitando la modificación de cláusulas contractuales cuando, por el transcurrir del tiempo, surgen nuevas circunstancias imprevistas al celebrarse el contrato. Dicha cláusula, en su condición inherente de principio general, es aplicable a cualquier contrato independientemente de su eventual carácter de tracto único o sucesivo o de corta o larga duración. Esencial es, pues, que haya un lapso temporal que medie entre el momento de perfeccionamiento y ejecución del contrato, en cuyo curso acontezcan, de manera repentina o imprevista, cambios circunstanciales con la consecuencia de un desequilibrio de prestaciones unido a una onerosidad palmaria que afecta únicamente a una de las partes, sin haber asumido dicho riesgo previa y voluntariamente.

Dicho lo cual, por ende, esta cláusula constituye, no un instrumento arbitrario y de utilización judicial para la exoneración de las cargas obligacionales de una de las partes, sino un mecanismo técnico, precisando para su efectividad abundante acervo probatorio, con el

objetivo de provocar el reajuste de los negocios jurídicos. Declara CARRASCO PERERA que los pactos obligan porque nacen del consentimiento.¹

1.2 Cláusula *Rebus Sic Stantibus*

Podríamos afirmar que la cláusula *rebus sic stantibus* se ha constituido como el principio jurídico que flexibiliza el principio *pacta sunt servanda*, permitiendo la modificación de las cláusulas previamente pactadas si las circunstancias del contrato, por el transcurso del tiempo, cambiaran y no hubieran sido previstas en el momento de celebración. En virtud del artículo 1091 CC, los contratos tienen fuerza de ley, solo pudiendo ser modificados por pacto entre las partes.

Hasta ahora, la cláusula *rebus sic stantibus* carece de regulación en nuestro CC y el Tribunal Supremo ha sido muy exigente y cauteloso a la hora de admitir la aplicación de la citada cláusula, llegando a considerar ésta como una “cláusula peligrosa”. La construcción jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* más que un principio general² se presenta como una excepción al principio *pacta sunt servanda*.³

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2007, reprodujo los requisitos jurisprudenciales que las Sentencias que el Tribunal Supremo el 14 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1957, 29 de mayo de 1996 y 19 de mayo de 1996 plasmó, exigiendo como requisitos la alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las previstas al tiempo de su celebración, la desproporción

¹ CARRASCO PERERA, S., “*Derecho de contratos*”, 2ª ed. Revisada y actualizada, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 69.

² La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1985 advirtió que, aunque estuviese recogida en algunas legislaciones modernas... “no tiene de momento la categoría de principio en el derecho patrio, salvo casos especialísimos contemplados por el legislador, aunque se intenta ya por la doctrina científica apoyarla...”.

³ DÍEZ PICAZO, L., “*La cláusula rebus sic stantibus*”, Ensayos jurídicos, tomo II, Thomson Reuters Civitas, 2011, p. 2283.

exorbitante entre las prestaciones e imprevisibilidad en las circunstancias⁴. Sin embargo, la crisis económica que aconteció al 2008, supuso un cambio en el planteamiento tradicional de la figura, dotando a ésta de una visión más moderna y tendente a normalizar su aplicación por parte de los Tribunales.

De este nuevo planteamiento jurisprudencial acontece la idea de que la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* por parte de los Tribunales, no ha de ser algo excepcional, sino que su aplicación debe normalizarse al considerarse ésta un mecanismo de restablecimiento del equilibrio prestacional, admitido en Derecho y basado en los principios de buena fe y conmutatividad contractual⁵. Este nuevo enfoque se alineó con el actual derecho de los Contratos Europeos y con la regulación de la cláusula *rebus sic stantibus* establecida en el Código Civil Francés en 2016 denominada “*Cambio imprevisible de circunstancias en los contratos*”.

1.3 Dificultad de Financiación

Como declaró la Audiencia Provincial de Girona en su Sentencia de 15 de junio de 2016, la crisis económica que afectó a España desde el año 2007, afectando en gran parte al sector inmobiliario, alteró tanto las circunstancias de financiación, como las posibilidades de venta de las viviendas proyectadas una vez finalizada la construcción.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2013, concretamente el fundamento derecho tercero, establece el criterio de que la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* a determinados supuestos de imposibilidad de financiación exige, una imposibilidad absolutamente imprevisible al perfeccionarse la compraventa de una vivienda, lo cual no significa que la crisis económica sea circunstancia que, por si sola, permita al comprador

⁴ MALDONADO RAMOS, J, JUANES PECES, A., “Código civil: comentado con jurisprudencia sistematizada y concordancias”, Ediciones Francis Lefebvre, 2019

⁵ ESPÍN ALBA, I, “Cláusula *rebus sic stantibus* e interpretación de los contratos: ¿y si viene otra crisis?”, Reus, 2020, p.22.

desligarse del contrato. Si así fuera, añade “...se produciría un manifiesto desequilibrio en contra del vendedor, se propiciarían los incumplimientos meramente oportunistas, favoreciendo a quien en verdad siguiera interesado en comprar, pero por un precio inferior, y, en definitiva, se desvirtuaría el verdadero sentido de una determinada solución jurídica hasta el punto de convertirla en un incentivo para el incumplimiento”.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2017 trata con profundidad el criterio que considera que el motivo de falta de financiación derivado de la crisis económica no es motivo suficiente para exonerar al comprador de las consecuencias previstas en el contrato para el caso de desistimiento o incumplimiento, ya que este es un riesgo que debe asumir el comprador, no pudiendo imputar el mismo al vendedor. Asimismo, la Sentencia reconoce que este criterio ya fue establecido por la jurisprudencia años atrás y cita como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1997 para reforzar el fundamento de que la mera alegación de dificultad de financiación no es suficiente puesto que...”*la posible dificultad que hubiese habido en la obtención de dicho préstamo para financiar la construcción de la vivienda era cuestión razonablemente previsible a la celebración del contrato, sin perjuicio de que la mayor o menor dificultad de cumplimiento de una obligación nunca puede equivaler a la imposibilidad que establece la norma legal que se denuncia como infringida*”. Misma línea jurisprudencial siguió la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1997 afirmando que “*sin negar expresamente la difícil situación económica que afectó a la sociedad minera, a las infructuosas gestiones para obtener subvenciones estatales y oficiales, lo que no supone acontecimiento imprevisible, pues, aparte de no hacerse referencia alguna en el Contrato, se trata de un riesgo susceptible de prever mediante las gestiones y estudios adecuados y que, en todo caso, asumió una parte y no puede repercutir en la otra*”. Se puede añadir que la excepcionalidad del supuesto aumenta cuando estamos ante un contrato de tracto único. Así lo mantiene la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2000, en la cual puede leerse: “*el contrato de compraventa celebrado entre las partes constituye un contrato de tracto único (...) en esta clase de contratos la pretendida cláusula rebus sic stantibus es de aplicación aún más excepcional que en las de tracto sucesivo*”.

Como antes he mencionado, el fundamento de derecho quinto, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2017, sigue la misma línea, estableciendo que: *“En definitiva, en nuestro ordenamiento, la imposibilidad sobrevenida liberatoria no es aplicable a las deudas de pago de dinero y 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 cumple sus obligaciones contractuales porque se han frustrado sus expectativas de financiarse. Como excepción, el deudor podrá excusarse cuando sea la otra parte quien haya asumido el riesgo de la financiación, por ejemplo, asumiendo el compromiso de la financiación por un tercero o vinculando la eficacia del contrato principal a esta financiación”*.

Del mismo modo, la Audiencia Provincial de Ourense, en su Sentencia de 25 de febrero de 2016, recalca esta misma idea en su fundamento de derecho segundo, no aplicando la cláusula *rebus sic stantibus* a un incumplimiento de un contrato de compraventa dado que: *“En este caso la parte demandada alega como único motivo para el impago, la crisis económica general que le ha impedido obtener financiación y, aplicando la doctrina expuesta que, relativa a la compra de vivienda, es con mayor motivo aún aplicable a un supuesto como el litigioso, no puede admitirse ese único hecho con base de aplicación de la cláusula invocada...Finalmente, más allá de esa invocación genérica, el demandado en absoluto ha probado sus circunstancias económicas particulares y la imposibilidad de obtener financiación, como alega, por lo que la doctrina expuesta no puede ser aplicada, debiendo confirmarse íntegramente la sentencia recurrida, con desestimación del recurso de apelación interpuesto”*.

Con el mismo criterio desarrollado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2017, cabe afirmar que la jurisprudencia no ha aceptado como presupuesto para aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* la mera alegación de la insolvencia. Así lo deja claro la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 7 de abril de 2019 cuando fundamenta que *“en el presente caso no parece que la base del negocio se vea afectada por el cambio de circunstancias que supone la situación de crisis económica. No se advierte que la finalidad*

económica primordial del contrato se haya frustrado ni se haya tornado inalcanzable y tampoco se aprecia que esa adversa coyuntura económica altere la equivalencia o proporción entre las prestaciones”.

La Audiencia Provincial de Murcia, en su Sentencia de 6 de septiembre de 2016, también se pronunció sobre este extremo en el fundamento de derecho sexto: *“Respecto a la incidencia de la doctrina sobre la cláusula rebus sic stantibus, no invocada por cierto en la demanda en que el comprador deduce la pretensión resolutoria sino en la contestación a la reconvencción en que el vendedor pide el cumplimiento del contrato, es preciso señalar que a) la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2013, aún extendiendo el ámbito de dicha cláusula, continúa considerando vigente la doctrina que se muestra “cautelosa en su aplicación, dado el principio general, contenido en el art. 1901 CC, de que los contratos deben ser cumplidos (p. Ej. SSTs 1’-12-90, 6-11-92 y 15-11-00). Más excepcional aún se ha considerado su posible aplicación a los contratos de tracto único como es la compraventa y por regla general se ha rechazado su aplicación a los casos de dificultades de financiación del deudor de una prestación dineraria (SSTs 20-5-97 y 23-6-97), b) en concreto, dicha resolución expresa que el hecho de “que la regla rebus sic stantibus pueda aplicarse a determinados casos de imposibilidad de financiación absolutamente imprevisible al tiempo de perfeccionarse la compraventa de una vivienda no significa que la crisis económica, por si sola, permita al comprador desistir del contrato, pues en tal caso se produciría un manifiesto desequilibrio en contra del vendedor, se propiciarían los incumplimientos meramente oportunistas, favoreciendo a quien en verdad siquiera interesado en comprar pero por un precio inferior, y, en definitiva, se desvirtuaría el verdadero sentido de una determinada solución jurídica hasta el punto de convertirla en un incentivo para el incumplimiento”;* y que, como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2015, *“la consideración, por esta Sala, el carácter de hecho notorio que caracterizó la crisis económica de 2008, no comporta, por ella sola, que se derive una aplicación generalizada, o automática, de la cláusula rebus sic stantibus a partir de dicho periodo, sino que es del todo necesario que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate”.* La Audiencia Provincial de A Coruña, en su sentencia de 7 de junio de 2016, fundamento de derecho sexto, expone: *“También se suele limitar la*

aplicación de la cláusula a los contratos de tracto sucesivo y de ejecución diferida, o que dependen de un hecho futuro, considerando que en los contratos de tracto único, como es la compraventa, debe aplicarse de modo aún más excepcional (SSTS 10 febrero 1997, 15 noviembre 2000, 22 abril 2004, 1 marzo 2007 y 17 enero 2013), ya que, si el objeto vendido se transmite enteramente al comprador al tiempo de consumarse el contrato, se le traslada asimismo el riesgo inherente a la cosa, como es su posible depreciación futura”.

Respecto a la vivienda, como pone de manifiesto PAZOS CASTRO, la crisis económica ha afectado al consumidor inmobiliario en dos momentos: tanto en la obtención de financiación para la compra de la vivienda, como posteriormente en el cumplimiento de las obligaciones del contrato válidamente celebrado⁶.

En virtud de los casos analizados, la jurisprudencia ha tenido en cuenta, fundamentalmente, los siguientes factores a la hora de determinar si hubo imprevisibilidad a los efectos de aplicarla:

- El destino de la vivienda, es decir, si se trata o no de una vivienda familiar o está dedicada a una segunda residencia.
- La asignación contractual de riesgos, particularmente relacionados con la financiación.
- La situación económica del comprador en el momento del a perfección del contrato y el grado efectivo de imposibilidad actual de financiación.
- Las condiciones impuestas por las entidades de financiación.
- El momento del otorgamiento de la escritura pública, si coincidió con la venta o fue diferida.
- El conocimiento de las vicisitudes del mercado.

⁶ PAZOS CASTRO, Ricardo, “La posible exoneración del deudor de sus obligaciones contractuales como consecuencia de la crisis económica. Comentario a las SSTS de 17 y 18 de enero de 2013”, *Dereito*, vol. 22, núm. 1, 2013, pp. 139-160.

1.4 Conclusión

Por todo lo expuesto e ilustrado con las numerosas sentencias mencionadas, cabe negar la posibilidad de que el Sr. Peláez tenga derecho a la reducción del precio de la opción, ya que, como la jurisprudencia ha establecido, el motivo de falta de financiación como consecuencia de la crisis económica resulta insuficiente para invocar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, más aún cuando el Sr. Peláez no ha probado sus circunstancias económicas particulares ni la imposibilidad de obtener financiación. Por el contrario, se produciría un desequilibrio en contra del vendedor, conllevando incumplimientos oportunistas por quien estuviera interesado en invertir por un precio inferior. El hecho de que la promotora conociese la intención del Sr. Peláez de comercializar las viviendas en China, no faculta al Sr. Peláez para tener derecho a reducir el precio de la opción, más aún cuando la finalidad de la compra no es ser su vivienda habitual, sino comercializar las mismas. La dificultad de financiación es un elemento con el que debe cargar el comprador, el inversor, no la promotora.

2 CUESTIÓN SEGUNDA

Este segundo supuesto se centra en cuestionar si, dada la depreciación que han sufrido los inmuebles que iba a adquirir el Sr. Peláez, el sujeto puede reducir el precio de ejercicio de la opción, es decir, disminuir la cuantía de diez millones de euros que el Sr. Peláez se comprometió a pagar en un primer momento.

Para ello, hablaré del riesgo contractual, de la fluctuación del mercado, del carácter de venta especulativa y profesional del inversor. Todos estos criterios, como más adelante podremos observar, nos llevan a considerar que el hecho de que el mercado fluctúe, entra dentro del riesgo contractual que el inversor debería de haber asumido, más aún cuando el sujeto es un profesional dedicado al sector inmobiliario.

2.1 Riesgo Contractual

Desde un principio, huelga la pena citar sin más dilación la Sentencia de 17 de diciembre de 2012 de la Audiencia Provincial de Álava. En ella, ciertamente, se da lugar a la estimación del recurso de apelación de la parte actora, entendiendo que no era aplicable la cláusula *rebus sic stantibus* al no suponer la circunstancia sobrevenida ninguna alteración “*extraordinaria e imprevisible*” que incidiera en el objeto o base del negocio, sino que, más bien, constituía un mero riesgo contractual asumible y asumido por las partes.

El recurso de casación interpuesto, versó, sintéticamente, sobre la eventual aplicación de la novedosa jurisprudencia de la ya reiterada cláusula *rebus sic stantibus*, apuntándose, en efecto, que si bien la doctrina jurisprudencial ha tendido a una definición más flexible de dicha cláusula, ajustada a su naturaleza, no es menos cierto que no ha dejado de hacerse uso de ella desde la rigurosa prudencia, basándose esto tanto en su propia esencia técnica y diferenciada, como en la necesidad de especificarse, funcionalmente, en el ámbito de la eficacia causal del contrato en cada caso concreto.

Así, en el marco de la crisis económica de finales del pasado decenio, ya se afirmaba que admitir la naturaleza notoria de este acontecimiento no podía implicar, sin embargo, la concurrencia o aplicación indiferenciada de la cláusula en cuestión y sin reparo alguno, sino que era y, por ello, es preceptivo, partir de un análisis de la específica influencia consecencial en el ámbito del contrato específico de que se trate de dichos hechos.

La Audiencia Provincial de Álava consideró que las fluctuaciones posteriores del valor del mercado entran dentro del riesgo normal e inherente a este tipo de operación, y más aún si se trata, de una empresa compradora cuyas actividades se basan en el sector inmobiliario. Este criterio ha sido reiterado por el Tribunal Supremo en las Sentencias de 20 de julio de 2017 y 9 de enero y las de 18 de julio de 2019 (númes. 425 y 455). En especial, para los casos de dificultad de financiación, como el descrito en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de julio de 2016, cuyo fundamento undécimo dice lo siguiente: “*al margen de la crisis económica de 2008 lo cierto es que la necesidad de financiación era un riesgo*

deliberadamente asumido al contratar por la compradora y no cabe considerar como “radicalmente imprevisible” que esa financiación se frustrara y no llegara a obtenerse”.

El análisis de la asignación del riesgo contractual se hace tanto de la interpretación de cláusulas que expresamente distribuyan el riesgo como de la integración contractual que permita determinar cuál es el nivel de riesgo, el alea, que se debe normalmente soportar en el tipo de contrato que se esté examinando. Así las cosas, la jurisprudencia considera que la nota de imprevisibilidad debe investigarse de acuerdo con su alcance y su incidencia en el contexto económico y negociar en el que incide o se proyecta.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1984 rechazó que factores como la existencia de dificultades en la factoría del suministrador o una situación política complicada en el país de destino de la mercancía, pudiesen considerarse circunstancias determinantes de un *“cambio extraordinario del “status quo” existente al contratar, si siquiera se produjesen, como efecto, un desequilibrio exorbitante que justifique la modificación del régimen jurídico convenido inicialmente entre las partes”*.

Por lo tanto, el Sr. Peláez, al llevar a cabo la operación, debía de haber sido consciente del riesgo contractual que la misma operación entrañaba y del que no se puede desprender cuando las cosas no acontecen como había previsto.

Por otro lado, nos encontramos con el factor de fluctuación de mercado. Este elemento, junto con el riesgo contractual y con la intención especulativa de la compra (que más adelante detallaré), constituyen los tres elementos más importantes para resolver esta segunda cuestión.

2.2 Fluctuación del Mercado

Casos más recientes que han generado jurisprudencia, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2013, que rechazó la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* por asunción expresa del riesgo, y las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 y 20 de

noviembre de 2012, que consideraron que la fluctuación del valor del mercado de los bienes inmuebles constituyen un claro riesgo que asume la parte compradora, reafirman el criterio de que, dentro de cada operación, hay un riesgo contractual asumible por la parte compradora, siendo este el caso de mi cliente, el Sr. Peláez.

En efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014, establece un criterio adicional en la valoración de los límites de la atribución de riesgos, consistente principalmente en contornear el elemento del riesgo ordinario adherido o consecuencia del contrato en el ámbito de una crisis financiera o económica. De dicha forma, de acontecer ese riesgo consecuencia del negocio jurídico contractual, la parte que consintió en asumirlo, ya fuere de manera notoria y abierta, ya fuere por entenderlo implícito en el marco de los riesgos propios inherentes a la naturaleza del objeto del contrato, no está, en ningún caso, habilitada para transmitir esos efectos negativos a la parte contraria.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2015 explica que de los sucesos imprevisibles que sirven para justificar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantius*, deben excluirse los riesgos que deriven de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato, esto es, el “riesgo normal” inherente o derivado del contrato. Afirma que *“en relación a la asignación contractual del riesgo derivado, no puede estimarse, en contra de lo alegado por la parte recurrente que, pese a que la parte vendedora conociera la finalidad urbanizadora que impulsaba la celebración del contrato, la posible fluctuación posterior del valor de mercado, ya sea a la alta o a la baja, que podía afectar a las fincas objeto de la venta quedase excluida del riesgo normal e inherente que debía asumir la parte compradora, conforme a la naturaleza y el contenido negocial del contrato celebrado”*. Igualmente, *“la fluctuación del valor de mercado de estos bienes inmuebles constituye un claro riesgo que asume la parte compradora y que se sitúa, además, en el ámbito profesional de su actividad como empresa dedicada al sector inmobiliario”*.

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2013, cuando mantiene que *“para que sea aplicable esa técnica de resolución o revisión del contrato (la cláusula rebus sic stantibus) se exige, entre otras condiciones, como señaló la sentencia de*

23 de abril de 1991, que la alteración de las circunstancias resulte imprevisible, lo que no acontece cuando la incertidumbre constituye la base determinante de la relación contractual”. Así las cosas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 “asimismo, la sentencia recurrida considera que la finalidad económica del contrato litigioso - explotación de un hotel en términos de rentabilidad- está vinculada, por su naturaleza a los riesgos propios que se derivan de un cambio en las circunstancias económicas del sector turístico y a una posible ocupación deficitaria, lo que significa que la fluctuación en las expectativas de ocupación turística es un claro riesgo que debe asumir la parte actora y que se sitúa en el ámbito profesional de su actividad”.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2015 entiende que, la finalidad especulativa de determinadas operaciones, elimina el carácter imprevisible de la alteración, ya que el demandante compraba *“sobre plano obteniendo beneficios como consecuencia del rápido incremento del precio”*, siendo este un negocio especulativo donde la ganancia iba a ser rápida. En consecuencia, el sobreendeudamiento voluntario del actor no puede quedar inmune y mucho menos, trasladar las consecuencias al otro contratante. Por lo tanto, no procede aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*, pues *“Acaecido tal riesgo, no puede pretender el contratante quedar inmune mediante la aplicación de la doctrina “rebus sic stantibus” y trasladar las consecuencias negativas del acaecimiento de tal riesgo al otro contratante. Una aplicación en estos términos de la doctrina “rebus sic stantibus” sería contraria a la buena fe, que es justamente uno de los pilares en los que debe apoyarse la misma”*. Esto es, el hecho de que el Sr. Peláez no contase con la depreciación económica que podían sufrir sus inmuebles, no le da derecho a poder reducir el precio de ejercicio de opción de compra, debiendo el mismo haber asumido el riesgo contractual de la operación.

En relación con el carácter especulativo de la operación, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2017 declaró que las consecuencias de la crisis debieron ser previsibles para la sociedad arrendataria ya que ésta era de *“capital-riesgo”*.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2013 incide en que se necesitan valorar un conjunto de factores y sus pruebas para la posible aplicación de la cláusula *rebus sic*

stantibus a compraventa de viviendas afectadas por la crisis económica ya que la aplicación de ésta no puede basarse en meras alegaciones acerca de la crisis económica ni en las consiguientes dificultades de financiación. Más aún, el hecho de que el comprador fuese en aquel momento un profesional del mercado inmobiliario estuvo en la base de la no aplicación, siendo el caso del Sr. Peláez. Afirma que “*En suma, la posible aplicación de la regla rebus sic stantibus a compraventas de viviendas afectadas por la crisis económica no puede fundarse en el solo hecho de la crisis y las consiguientes dificultades de financiación, sino que requerirá valorar un conjunto de factores, necesitados de prueba, tales como 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; 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; 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; 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*”.

Este criterio, citando precisamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2013, aparece en el fundamento de la exclusión de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 13 de septiembre de 2016 “*la sentencia recurrida entiende que no estamos ante una situación que justifique la aplicación de dicha cláusula. Por razones que expone, tales como el ser la actora una empresa constructora inmobiliaria perfectamente conocedora del sector, que ha de asumir las consecuencias de sus decisiones, que las consecuencias de una “crisis” en el sector inmobiliario tendrán que ser soportadas en mayor medida por los profesionales que se mueven en dicho sector*”.

En el mismo sentido de tener en cuenta el carácter profesional de los contratantes, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 2 de junio de 2016, se refiere a que *“sin perjuicio de la dudosa aplicación...y sin perjuicio también de la condición de profesional inmobiliario del demandado y de inversionista en el supuesto de autos, llevando a cabo una operación especulativa, debiendo pues conocer y calcular los riesgos de la misma”*.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2014 no encuentra aplicable la doctrina *rebus sic stantibus* ni tampoco aplicable un supuesto de fuerza mayor ya que: *“la crisis financiera es un suceso que ocurre en el círculo de las actividades empresariales de la promotora, que no puede considerarse imprevisible o inevitable”*.

En relación con el motivo de alegación de la crisis económica, la doctrina del Tribunal Supremo no ampara demandas basadas únicamente en este motivo como alegación, sino que obliga a valorar y probar un conjunto de factores que permitan determinar una verdadera alteración extraordinaria de las circunstancias en el caso concreto. En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 18 de enero de 2013, así como 24 de febrero de 2015, 13 de noviembre de 2018 y 15 de enero de 2019.

De este modo que la existencia de una crisis económica y el consecuente descenso de los precios de la vivienda no sean motivos suficientes para aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*, en virtud de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 10 de diciembre de 2012. Aunque esta Sentencia calificó de hecho notorio la pérdida del valor en venta del apartamento, consecuencia de la crisis económica, la misma no ampara ni la disminución de la prestación de la compradora ni tampoco la resolución contractual. En este sentido, destaca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 30 de diciembre de 2013 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2015.

La simple alegación de la crisis tampoco puede ser utilizada para desistimiento unilateral de un contrato de arrendamiento. Así lo menciona la Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 13 de diciembre de 2016, considerando este motivo como una estrategia sin fundamento para desligarse del contrato. Y, además, sobre la sustantiva pérdida de ingresos

del negocio, este Tribunal menciona lo siguiente: *“En consecuencia nos encontramos simplemente ante un funcionamiento de negocio no acorde con el esperado por la actora pero ello no puede atribuirse sin más a la crisis económica a efectos de una eventual aplicación de la cláusula rebus sic stantibus por alteración extraordinaria de las circunstancias, pues ello puede tener su causa en múltiples circunstancias, tanto imputable a motivos externos como a una defectuosa previsión o gestión del negocio por parte de la actora, por lo que no puede trasladarse el riesgo inherente a la entidad empresarial a otra parte contratante”*.

Tampoco la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 13 de marzo de 2019 consideró la mera alegación de la crisis como motivo para resolver el contrato, ya que *“No obstante, reconocida su relevancia como hecho impulsor del cambio o mutación del contexto económico, la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus no se produce de forma generalizada ni de un modo automático, pues (...) resulta necesario examinar que el cambio operado comporte una significación jurídica digna de atención en el caso concreto que se esté examinando. Es decir, que la crisis económica constituya un presupuesto previo, justificativo del cambio operado, no significa que no deba entrarse a valorar su incidencia real en la relación contractual de que se trate. Es por ello que las sentencias referenciadas al inicio del párrafo anterior destacan que la crisis económica, como hecho ciertamente notorio, no puede constituir por si misma el fundamento de aplicación del a cláusula rebus sic stantibus”*.

Todos estos argumentos tienen su base en lo que parece una obviedad y es que de igual manera que una mejora extraordinaria en las condiciones económicas no sirve de fundamento para revisar un contrato, tampoco puede servir de fundamento la situación de empeoramiento económico, ya que, el desequilibrio prestacional sería enorme, conllevando a operaciones meramente oportunistas. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2012 no considera la *“transformación económica del país y la mejora del mercado inmobiliario como circunstancias imprevisibles a los efectos de aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, con el fin de amparar la pretensión del arrendador de aumentar la renta*

pactada contractualmente y actualizada cada año conforme a los índices de precio de consumo”.

Recientemente, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 15 de enero de 2019 sobre un contrato de gestión hotelera, ha seguido esta línea basando sus argumentos en que no basta la mera alegación de la crisis ya que la labor interpretativa del contrato arroja que un conjunto de previsiones contractuales permite deducir que las partes hicieron una asignación del riesgo y, también, que ha sido determinante en el análisis de la imprevisibilidad que el objeto de la contratación refleja una actividad que tiene lugar en el círculo de sus actividades empresariales. La crisis financiera no puede considerarse imprevisible o inevitable, a causa de que tiene lugar en el círculo de sus actividades empresariales.

Por otro lado, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 28 de diciembre de 2015 basó su rechazo de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en la condición de profesionales de los demandantes, siendo el razonamiento el siguiente: “...los riesgos derivados de las circunstancias personales de los compradores no tenían que ser asumidos por la parte vendedora, cuando éstos habían mantenido una relación comercial buena con los compradores, los cuales, no se puede obviar, eran dueños de una agencia inmobiliaria y se dedicaban precisamente al negocio de la compraventa de inmuebles...”.

2.3 Intención especulativa de la compra

Tras la crisis económica de 2008 a la que nos hemos referido anteriormente, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 24 de febrero de 2015, ha continuado afirmando que la disminución del valor de los inmuebles adquiridos no puede considerarse como un evento extraordinario e imprevisible, sino un riesgo del comprador.

También, atendiendo a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2015, se establece el criterio de que no puede pretenderse, una vez se ha beneficiado la parte de las subidas de precio de un inmueble destinado a vivienda, lo cual le abrió una ventana de oportunidades y ganancias a través de la especulación, que, por el contrario, el promotor inmobiliario haya de

soportar las pérdidas cuando dichos precios han vuelto a bajar. Este elemento, junto con el carácter inversor que posee el Sr. Peláez y el riesgo contractual que debe asumir el mismo cuando se produce fluctuación de mercado alguna, constituyen el conjunto necesario para sostener mi pretensión de que el Sr. Peláez no tiene derecho a reducir el precio de ejercicio de la opción.

En dicha Sentencia, la conexión con la cuestión del riesgo se aprecia al señalarse que, dado que el litigio versa sobre una compra de índole marcadamente basada en la especulación, esa ventana de oportunidades, basada en una ganancia esporádica pero abundante a raíz de las subidas de precios que venían produciéndose en los inmuebles en cuestión, se ve, sin embargo, correspondida por un mayor nivel de riesgo de descender dichos precios repentinamente. Por ende, de producirse dicha divergencia y correspondiente bajada de precios, la parte que, en un inicio, se vio enriquecida por las subidas, no podrá interesar que el riesgo producido sea soportado por el otro sujeto de la relación contractual, pues, ciertamente, y partiendo de que el elemento de la buena fe constituye un valor sustancial en el fundamento de la cláusula *rebus sic stantibus*, acabaría por ser contraria a dicho elemento en este contexto.

En este ámbito puede también concurrir el criterio de si se trata o no de una compraventa de vivienda habitual. Citando entre muchas otras la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 28 de octubre de 2013, ésta fundó la inaplicabilidad de la reiterada ya cláusula *rebus sic stantibus* en que no se trataba de la primera vivienda del comprador, siendo este titular de una empresa dedicada a los negocios de la financiación, circunstancia que, en fin, permite tomar en consideración mayormente los riesgos aparejados a una compra de inmueble carente de liquidez para efectuar el pago y otorgar la confianza de la eventual posibilidad de pago en la financiación propia.

La postura del Tribunal Supremo se atisba, aún más, en su Sentencia de 20 de julio de 2017, al afirmarse que el acontecimiento de una modificación estructural de una sociedad de carácter mercantil no es, per se, un suceso imposible de prever que pueda acogerse al tenor del artículo 1184 CC y, en consecuencia, que pueda activar automáticamente la cláusula

rebus sic stantibus. En esencia, dichas modificaciones societarias, ni son acontecimientos inusuales o inesperados, ni puede pretenderse que suponga un acontecimiento que suponga una extrema desproporción. Ciertamente, dado el carácter especulativo y fundado en la aleatoriedad de dicha relación contractual, unido a la esperanza profunda de ganancias por parte del inversor, correspondida con la posible y notoria pérdida de acervo patrimonial, los riesgos presentes en dicha relación y los beneficios a obtener deben tenerse en cuenta a efectos de poder calificar el suceso en cuestión como de “*desproporción exorbitante*”. Así las cosas, podría citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2013, que inaplica la cláusula al afirmar que solo será aplicable cuando los acontecimientos sean imprevisibles, lo cual no tendrá lugar cuando los riesgos en cuestión sean pilar básico de la relación contractual específica.

2.4 Conclusión

En conclusión, el Sr. Peláez no podrá reducir el precio de ejercicio de la opción ya que el hecho de que el mercado fluctúe entra dentro del riesgo contractual que él mismo debía de haber asumido. El riesgo contractual del que hablamos es la imprevisibilidad, es decir, el riesgo que el sujeto debe ser capaz de asumir, máxime cuando el sujeto es considerado un inversor y su actividad profesional está dedicada al sector inmobiliario.

Si bien es cierto que el funcionamiento de negocio no era acorde con lo esperado por el Sr. Peláez, el sobreendeudamiento voluntario del actor no puede trasladarse a la contraparte, en este caso, a la promotora, ya que esto conllevaría a operaciones meramente oportunistas.

Como previamente he mencionado, la jurisprudencia ha considerado, en múltiples ocasiones, que las fluctuaciones posteriores del valor del mercado se encuentran dentro de la esfera del riesgo contractual que el inversor debe asumir. Por lo tanto, el Sr. Peláez, como sujeto que asumió el riesgo, no puede trasladar los efectos negativos a la promotora, del mismo modo que no lo trasladaría ganancia alguna si la operación resultase favorable para él. Con esto quiero incidir en que, el hecho de que la operación no haya resultado cómo el Sr. Peláez esperaba, no faculta al mismo a beneficiarse de una reducción del precio de ejercicio de la

opción, ya que la crisis financiera, además de ser un elemento que ocurre dentro del círculo de actividades empresariales, es un factor que debe ser asumido y el mismo no puede considerarse ni imprevisible, ni inevitable.

3 CUESTIÓN TERCERA

A falta de mayor concreción, parece que esta tercera cuestión se centra en averiguar si el Sr. Peláez puede extender el plazo inicialmente pactado para consolidar la opción de compra propiamente dicha. Para ello, analizaremos el Real Decreto 463/2020 y daremos respuesta a la cuestión propuesta por el Sr. Peláez.

3.1 Real Decreto 463/2020

El Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, en adelante, el RDL, entró en vigor el 18 de marzo de 2020. Esta norma ha sido adoptada por el gobierno de España, días después de la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, fue publicado en el Boletín Oficial del Estado, en adelante, BOE, el día 14 de marzo de 2020, y entró en vigor en ese mismo momento, declarando tal estado de alarma, inicialmente por un periodo de quince días a contar desde el de su publicación, sin perjuicio de la posibilidad de prórroga previa autorización del Congreso de los Diputados que podía acontecer, prórroga que sucedió cada quince días hasta el 21 de junio de este mismo año.

Pues bien, el RDL complementa las medidas socioeconómicas que ya entraron en vigor el pasado 13 de marzo tras la publicación en el BOE del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, entre ellas lo que veremos a continuación.

El Real Decreto 463/2020 establece en su disposición adicional cuarta lo siguiente: *“Los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos quedarán*

suspendidos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren”, esto es, el plazo de ejercicio de opción de compra quedará suspendido durante el estado de alarma.

La respuesta del Ministerio de Justicia, Abogacía General del Estado, a la consulta planteada sobre cómo deberá de procederse en el momento que finalice la suspensión de plazos, es la siguiente: *“En efecto, la suspensión de un plazo implica que el mismo se detiene, se “congela en el tiempo” en un momento determinado debido al surgimiento de algún obstáculo o causa legal, reanudándose, cuando dicho obstáculo o causa ha desaparecido, en el mismo estado en el que quedó cuando se produjo la suspensión. Es decir, si un plazo de 30 días se suspende en el día 15, en el momento de la reanudación quedarán sólo otros 15 para que expire. (...) Por ello, es razonable concluir que el sentido del apartado 1 de la disposición adicional 3a del RD 463/2020 es el de establecer que los plazos procedimentales a los que se refiere quedan suspendidos en el momento de la declaración del estado de alarma, reanudándose por el período que restare cuando desaparezca dicho estado de alarma, inicial o prorrogado, sin que en ningún caso vuelvan a empezar desde cero. Es decir, se “reanudan” pero no se “reinician”. Dado que, como ha quedado dicho, se está en presencia de cargas para los interesados, éstos tuvieron la facultad de cumplimentar el trámite de que se tratara antes de la declaración del estado de alarma, y esos días que dejaron pasar no se recuperan ya, sin perjuicio de que, cuando acabe dicho estado excepcional, vuelvan a tener la posibilidad de cumplimentar el trámite en el tiempo que les restare antes de la expiración del plazo.”⁷*

Pues bien, tratándose el derecho de opción de compra de un derecho sujeto a plazo de caducidad, concedido convencionalmente, el plazo estará suspendido hasta el mismo día en que se decreta el alzamiento del estado de alarma. Por lo tanto, sobre la cuestión planteada acerca de si tiene el Sr. Peláez derecho a una extensión del plazo, la respuesta es afirmativa ya que, con motivo del COVID-19, al suspenderse el plazo se ha “ampliado”, en cierto modo, el mismo.

⁷ Abogacía General del Estado y Dirección del Servicio Jurídico del Estado. “Consulta sobre la forma en la que habrá de procederse en el momento que pierda vigencia la suspensión de los plazos previstos por el RD 463/2020. Interpretación de la disposición adicional tercera”. *Ministerio de Justicia*, 20 de marzo de 2020. Disponible en: http://www.icpm.es/downNews/3262_Informe%20AE.pdf

3.2 Conclusión

Por todo lo explicado anteriormente, podemos concluir que el derecho de opción de compra del Sr. Peláez permanecerá suspendido hasta el momento en que finalice el estado de alarma. Una vez finalice el estado de alarma, los plazos se reanudarán, volviendo al estado anterior donde quedaron cuando se produjo la suspensión, es decir, los días que el Sr. Peláez dejó pasar, no se recuperarán.

4 CUESTIÓN CUARTA

Hasta ahora, la mayor parte de las escasísimas sentencias que han justificado el recurso a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, no ha sido en supuestos donde la modificación del valor económico de los bienes haya sido objeto del contrato, sino en supuestos donde la alteración de las circunstancias ha consistido en la generación de un hecho singular determinante de la desaparición o gravísima afección del interés de una de las partes contratantes comprometiendo, ex post facto, la causa del contrato. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1994 que, aunque cita la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* para dar cuenta del “*influjo de circunstancias sobrevenidas e imprevistas en la vida del contrato*”, lo que realmente hace es estimar el recurso “*por haber desaparecido la causa negocial durante el transcurso de la vigencia del contrato de tracto sucesivo*”.

El mecanismo que aporta la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* ante las inesperadas eventualidades en el seno de la relación contractual es, ciertamente, complicado de compatibilizar con el régimen instaurado por el principio general *pacta sunt servanda*, anunciado en el artículo 1091 CC, a cuyo tenor se expresa que “*las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos*”.

En efecto, omitir la importancia de dicho principio supondría hacer peligrar un principio igual (o más) elemental aún en el ordenamiento jurídico, a saber, el de la seguridad jurídica

contractual, unido ello a la evidente producción de efectos de las intenciones contractuales expresadas o verbalizadas y el mantenimiento del orden jurídico. De ahí que la aplicabilidad de dicha solución *rebus sic stantibus* esté sujeta, como ya se ha mencionado, a una extrema prudencia, y sujeta a preceptivas limitaciones para producir efectos.

Al mismo tiempo, merece la pena citar, a los efectos que venimos estableciendo, el artículo 1258 CC, según el cual “*los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de 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*”.

Pues bien, esta cuestión trata de analizar si el Sr. Peláez puede resolver el contrato de opción de compra o si dicha acción deviene imposible para el mismo. Para ello hablaré del tratamiento jurisprudencial del contrato de opción de compra como contrato de tracto único, de cómo el Sr. Peláez no puede aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* ya que ésta cláusula permite flexibilizar las obligaciones, no resolver las mismas y de cómo, tampoco, el Sr. Peláez se puede acoger al artículo 1124 CC para resolver el contrato ya que el contrato de opción de compra, aunque medie en él el elemento de la prima, no se convierte en contrato bilateral, sino que es unilateral en cuanto a las obligaciones que produce, no siendo la prima un elemento esencial del contrato.

4.1 Tratamiento jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*

Cabe destacar que, en primer lugar, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* ha estado vinculada a los contratos de tracto sucesivo, caracterizados por prestaciones continuadas a cambio de contraprestaciones periódicas durante un periodo dilatado de tiempo que posibilita la interferencia de alteraciones extraordinarias que comprometan la causa contractual y conlleva mayores exigencias de conmutatividad, prestación con contraprestación en cada momento de la vida del contrato, de modo que la propia continuación de su eficacia se justifica en el mantenimiento del equilibrio contractual, frente al carácter puntual o unitario del intercambio de prestación y contraprestación en los contratos de tracto único. La cláusula

rebus sic stantibus no sería de aplicación, ni se ha estado invocando, en contratos de tracto único de ejecución no diferida, ya que las circunstancias sobrevenidas se han de producir en un contrato que se está ejecutando o en el que la relación obligatoria se encuentra pendiente de cumplimiento.⁸

Dicho esto, cabe precisar que, el contrato de opción, lejos de ser un contrato de tracto sucesivo, es considerado un contrato de tracto único, siendo además unilateralmente en sus obligaciones, como más adelante detallaré. Sobre este criterio se pronunció el Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de febrero de 1997: *“En este sentido dice la S. 4 febrero 1994 (RJ 1994\910) que la opción de compra, muy frecuentemente tratada por la jurisprudencia de esta Sala, en doctrina uniforme, consiste en conceder al optante, aquí al recurrido, mediante cláusula inserta en el contrato de arrendamiento urbano, la facultad exclusiva de prestar su consentimiento en el plazo contractualmente señalado a la oferta de venta, que por el primordial efecto de la opción es vinculante para el promitente, quien no puede retirarla durante el plazo aludido, y una vez ejercitada la opción oportunamente se extingue y queda consumada y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa, sin que el optatario o concedente pueda hacer nada, en casos como el debatido, para frustrar su efectividad, pues basta para la perfección de la compraventa con el optante, como en el caso discutido se ha probado, que le haya comunicado la voluntad de ejercitar su derecho de opción (Sentencias, entre otras, de 13 noviembre, 1 y 22 diciembre 1992 [RJ 1992\9398, RJ 1992\10244 y RJ 1992\10642])”*. Esto es, el contrato de opción de compra, lo único que necesita para ejercitarse es el consentimiento del optante. Es un contrato perfecto en sí mismo, es decir, no es un contrario que prepare algo futuro, ya que cuando se ejerce la opción de compra, ésta se extingue y da lugar automáticamente a la compraventa. Así, el Tribunal Supremo admite que el contrato de opción de compra es de carácter vinculante para el concedente y potestativo para el optante.

⁸ ALBIÑANA CILVETI, I, “La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias”, 2018. DOI: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5895/documento/art011.pdf?id=8347>

Como apunta la ya mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1997, ejercer dentro del plazo convenido dicha opción, advirtiendo de ello adecuadamente al concedente, conllevará la extinción y consiguiente consumación del negocio, naciendo el contrato subsiguiente convenido sin que dicho concedente pueda, por el contrario, desconocer de su eficacia, dado el hecho de que el contrato de opción resguarda inherente en su seno el contrato final o definitivo, cuyo perfeccionamiento tan solo se halla sujeto al deseo del optante.

En segundo lugar, cabe destacar que, el contrato de opción de compra, al tratarse de un caso de contrato de tracto único, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus Sentencias de 23 de abril de 1991, 10 de febrero de 1997 y 28 de diciembre de 2000, entre otras, ha declarado que el conjunto de requisitos exigidos para la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* entraña una excepcionalidad todavía más acusada en esta clase de contratos.

4.1.1 La opción de compra como contrato de tracto único

El acervo doctrinal y jurisprudencial en nuestro ordenamiento, relativo a la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* al ámbito de los contratos de opción, comienza a mediados del siglo pasado, en la década de 1940. Huelga citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1945, en la cual el Tribunal afirma la inaplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* en el marco del ejercicio de una opción de compra integrada en una operación arrendaticia de una duración de una docena de años, habida cuenta de la notoria subida de precios y depreciación monetaria, atendiendo a que el contrato se celebró en 1929, con miras a llevar a cabo su ejecución en 1941. De forma inequívocamente similar, el citado Tribunal, en su Sentencia de 6 de julio de 1959, declara inaplicable la mencionada cláusula *rebus sic stantibus* en un negocio jurídico contractual con opción de compra, haciéndose primar la doctrina *pacta sunt servada*, todo ello consecuencia de las múltiples adiciones y cambios adoptados en dicho contrato bajo acuerdo de las partes, sin modificar, por el contrario, el precio sujeto a la opción de compra, lo cual denostaba de forma implícita el deseo de ambas partes de no alterar lo convenido incluso aún cuando la depreciación de la moneda era notoria y conocida.

Con el tiempo, fue reiterada dicha línea tendente a la inaplicación de la cláusula en el ámbito jurisprudencial. Así se aprecia, entre muchas otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1990, al afirmarse de nuevo que no procede la observancia de dicha cláusula en una opción de compra, al contravenir de dicha manera lo convenido por las partes, que asumían la permanencia del precio tal y como estaba, y tenían pleno conocimiento del objeto del contrato. O, más aún, lo vemos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1996, en relación con un arrendamiento con opción de compra, cuando el Tribunal Supremo inaplicó la cláusula *rebus sic stantibus*, al no considerar, en ningún caso, la subida de precio de la finca sobre la que recaía la opción como una alteración que supusiera una desproporción exorbitante, o un acontecimiento extraordinario incapaz de preverse, sobre todo al preverse la subida del precio del ejercicio de la opción en función de cuándo tuviere lugar.

Así, todas estas resoluciones hallan su elemento común en que la inaplicabilidad de la solución *rebus sic stantibus* a los denominados contratos de opción, descansa en el particular marco causal y de relaciones vinculantes u obligatorias inherente a dichos contratos específicos.

4.1.2 Problemas adicionales a la aplicación de la *rebus sic stantibus*

4.1.2.1 Rescisión por lesión

La exclusión en el CC de la rescisión por lesión al prescribir el artículo 1293 que “ningún Contrato se rescindirá por lesión fuera de los casos mencionados en los números 1 y 2 del artículo 1291”, estos son, contratos celebrados por los tutores o en representación de los ausentes, hace que los llamados contratos de tracto único, como es el caso, el contrato de opción de compra, planteen un problema adicional para aplicar a estos la cláusula *rebus sic stantibus*. Ciertamente es que el término rescisión por lesión y la cláusula *rebus sic stantibus*, son figuras técnicamente distintas. En primer lugar, la primera figura hace referencia a la desproporción entre las prestaciones que las partes puedan sufrir en el momento de la perfección del contrato. En segundo lugar, la segunda figura entra en juego cuando se produce una lesión por un hecho posterior a la celebración del mismo. Sin embargo, en los contratos de tracto único, en los que el retraso temporal en el cumplimiento implica la necesidad, para una o ambas partes contractuales, de retrotraerse a la voluntad ya

manifestada, de forma similar a lo que tiene lugar en el contrato de opción de compra en relación con el concedente, es, precisamente, en dicho momento inicial o constitutivo, donde se otorga el consentimiento, donde debe valorarse la proporcionalidad contractual de las obligaciones recíprocas, esto es, de lo que procede ser prestado por cada parte, pues el riesgo de que el valor varíe lo soporta quien concede la posibilidad de opción, como veremos más adelante.⁹

4.1.2.2 Imprevisibilidad

El acervo jurisprudencial del Tribunal Supremo relativo a la construcción y paulatina consolidación de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* con su fundamento en la necesidad de un carácter imprevisible en los acontecimientos sobrevenidos durante la vigencia de la relación contractual de tracto sucesivo, que inciden negativamente en el interés de al menos una de las partes, y en la causa y fin de dicha relación, demanda que tal carácter extraordinario, imposible de prever, o inusual, se valore, no solo desde el prisma del mayor o menor grado de afectación de las circunstancias del contrato, o de su carácter más o menos previsible, sino también, precisamente, desde la óptica de caracterizar el supuesto contractual específico y diferenciarlo del resto en el seno del tráfico.

Pues bien, va a ser precisamente este requisito de la imprevisibilidad el principal escollo con el que tropieza la opción para que le pueda ser aplicada la referida cláusula. El derecho de opción proporciona a su titular una situación de libertad contractual dentro de los estrictos términos de una alternativa y correlativamente coloca al concedente en una situación de incertidumbre. De aquí la extraordinaria dificultad de acreditar en forma racionalmente contundente y decisiva, como exige el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de noviembre de 1992: que “*todo acontezca por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles*”.

⁹ LEONSEGUI GUILLOT, Rosa Adela, “El contrato de opción como contrato atípico de tracto único: examen jurisprudencial de la aplicabilidad de la resolución por el cambio o alteración de las circunstancias”, *Revista de Derecho UNED*, NÚM. 10, 2012, p. 335-336. DOI: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/11100/10628>

Asimismo, debe afirmarse que el denominado aleas en sentido técnico-jurídico o, más claro aún, el riesgo desde el punto de vista económico, debido a la interconexión y multiplicidad creciente de bienes, medios y factores con valor económicamente relevante, que derivan en la producción de exorbitantes diferencias de valor por nimios cambios en el plano de la macroeconomía, es cada vez más relevante en el plano de las relaciones contractuales, esto es, en la contratación. Huelga apuntar, asimismo, que el riesgo, en sí, se muestra ya como un propio objeto del tráfico jurídico, valorado per se por los agentes, pues lo que el Sr. Peláez pretende realmente es un nuevo contrato, solicitar que se fije un nuevo precio a la opción y que valga la opción ejercitada de modo diferente a lo convenido, con alteración del principio *pacta sunt servanda* y de la seguridad jurídica.

En definitiva, la diferencia en que en los contratos de tracto sucesivo se pueda aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* y en los contratos de tracto único no se pueda, recae en el hecho de que, en los contratos de tracto sucesivo, desde la celebración del contrato hasta la ejecución del mismo, en ese periodo de tiempo, han podido alterarse las circunstancias y ya no tiene sentido que los términos sigan siendo los mismos fruto de esta alteración sobrevenida, con lo cual, conviene aplicar la *rebus sic stantibus* para flexibilizar los términos pactados. Sin embargo, en los contratos de tracto único, es muy difícil alegar imprevisibilidad cuando es el optante el que por voluntad propia, ejecuta la opción de compra y es en ese momento, cuando el optante ejercita la opción de compra, cuando se automatiza la compraventa. Además, en este caso, hablamos de un brevísimo periodo de tiempo de dos meses, los cuales no son suficientes para que el Sr. Peláez alegue la cláusula *rebus sic stantibus* pues, en esos dos meses, no ha habido imprevisibilidad que valga.

4.1.2.3 La cláusula *rebus sic stantibus* como figura modificativa

Así las cosas, la función de la *rebus sic stantibus* no radica en resolver las relaciones contractuales, sino en modificar las mismas si, en tal caso, se reuniesen los requisitos correspondientes. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de noviembre de 2009, se pronunció sobre esta precisión, estableciendo lo siguiente: “*La doctrina y la jurisprudencia han aceptado la posibilidad de revisión de un contrato con aplicación del principio general de la cláusula rebus sic stantibus que exige los requisitos de alteración de las circunstancias*

entre el momento de la perfección del contrato y el de consumación, desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes, lo que ha de haber producido por un riesgo imprevisible y, por último, la subsidiaridad por no haber otro remedio. Lo cual puede dar lugar no a la extinción del contrato sino a su modificación y revisión. Así lo ha mantenido reiterada jurisprudencia, desde las sentencias de 14 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941, 17 de mayo de 1957 recogidas, entre otras muchas posteriores, por la de 17 de noviembre de 2000 EDJ 38871 y la de 1 de marzo de 2007 EDJ 19740.» (TS 1ª 21-2-12, EDJ 30163)”.¹⁰

Por lo tanto, aunque el Sr. Peláez quisiese resolver mediante la cláusula *rebus sic stantibus*, este no podría, ya que la figura faculta a modificar ciertos términos pactados, no resolverlos.

4.2 Unilateralidad o Bilateralidad de la Opción

El contrato de opción, al exigir que recaigan y se manifiesten ambas voluntades, puede clasificarse dentro de los contratos bilaterales, al menos en origen, debiendo respetarse el tenor literal de preceptos básicos como el 1261 y semejantes del CC. Siendo bilateral desde el prisma de la manifestación de las intenciones contractuales, no obstante, se constituye como un negocio jurídico unilateral al tratarse de las obligaciones generadas. Pues bien, el artículo 1124 CC establece: “*La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere 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*”.

La cuestión surge en el supuesto de que las partes hayan pactado la obligación de pagar una prima a cargo del optante. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de diciembre de 1992, consideró que el contrato unilateral de opción se convertía en bilateral por la carga contractual de obligaciones. Sin embargo, este criterio cambió cuando el mismo Tribunal, en Sentencias de 17 de noviembre de 2000, 1 de marzo de 2007 y 20 de noviembre de 2009,

¹⁰ MALDONADO RAMOS, Y, JUANES PECES, A “*Código civil: comentado con jurisprudencia sistematizada y concordancias*”, Ediciones Francis Lefebvre, 2019.

declaró que las mismas no son resolubles implícitamente y que, en el supuesto que se admitiese a cláusula *rebus sic stantibus*, los efectos serían puramente revisores, no resolutorios. Podríamos afirmar que la cuestión radica si por asignar un precio a la opción de compra, la misma se convierte en un negocio jurídico bilateral o recíproco y lo incluye en la órbita del artículo 1124 CC, y, por tanto, resoluble implícitamente. La respuesta es no, pues, como declaró el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de marzo de 1993, el pago de la prima no es un requisito esencial. Por lo tanto, por el simple hecho de que interfiera en él el elemento accesorio del pago de una prima, no significa que el incumplimiento en cuanto a su pago pueda desencadenar, por sí solo, el mecanismo resolutorio previsto en el artículo 1124 CC. Por lo tanto, estos contratos de opción podrán ser calificados de onerosos al intervenir en ellos la prima y con una unilateralidad desvirtuada, como dice Hernández Gil, confirmando la esencial naturaleza unilateral del contrato de opción y su exclusión del régimen del artículo 1124 CC.

En consecuencia, estos contratos, al no ser considerados bilaterales, no son resolubles implícitamente, y en el hipotético caso que el Tribunal Supremo admitiera la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, sus efectos serían puramente revisores del contenido obligacional del contrato y no resolutorios, como las sentencias anteriormente mencionadas del Tribunal Supremo, de 17 de noviembre de 2000, 1 de marzo de 2007 y 20 de noviembre de 2009.

4.3 Conclusión

En resumen, lo que desde mi punto de vista intenta defender el Tribunal Supremo es que, el contrato de opción de compra, es un instrumento de reparto de riesgos, dando lugar esto a que si de repente sobrevienen circunstancias adversas, es un riesgo que el contrato debería haber contemplado. Desde el momento en que las partes pretenden obtener una ganancia, deben asumir el riesgo de que el cumplimiento devenga excesivamente oneroso, por lo que resulta complicado e improbable aplicar a este tipo de contratos una cláusula que no está legislada y cuya admisión quebranta lo pactado por las partes, poniendo en peligro la

seguridad jurídica contractual, más aún cuando la cláusula *rebus sic stantibus* se utiliza para modificar, flexibilizar ciertas obligaciones, no resolver las mismas.

Como previamente he mencionado, el contrato de opción de compra es considerado negocio jurídico unilateral y el artículo 1124 CC contempla la facultad de resolución para las obligaciones recíprocas, no unilaterales. En efecto, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 2013 citada: *“la pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato”*, no siendo este el caso, ya que lo que pretende el Sr. Peláez es un nuevo contrato. Por lo tanto, aunque medie el elemento de la prima en la opción de compra, no podemos considerar el contrato como bilateral y, por consiguiente, como resoluble implícitamente en base al artículo 1124 CC.

5 CUESTIÓN QUINTA

En palabras de Luis Díez-Picazo: *“Los cambios sociales y tecnológicos no actúan solo sobre el poder legislativo, sino que inciden en la sociedad entera, imponiendo un reajuste en la vida jurídica mediante la cooperación de todos”*. Todo sistema jurídico está condicionado por un determinado nivel de conocimientos científicos, un nivel de técnicas creativas y su avance provoca, inevitablemente, cambios jurídicos siempre que se trate de un avance técnico con proyección social.

Pues bien, dadas las restricciones del gobierno, el Sr. Peláez no puede desplazarse para la firma del documento. Este quinto supuesto trata sobre si hay alternativa alguna a la asistencia presencial. El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, establece que las notarias y registros, como carácter de oficina pública que ostentan, deberán estar abiertas al público, solo pudiendo acudir este cuando el Notario aprecie el carácter urgente de la operación que se vaya a realizar.

Por lo tanto, el Sr. Peláez se encuentra con dos situaciones: que el Notario aprecie el carácter urgente de la operación o que, por el contrario, declare la no urgencia.

No cabe duda de que, en tiempos excepcionales, hay que aplicar remedios que estén a la altura, y la realidad del momento actual, es la excepcionalidad.

5.1 Función del Notario

La función notarial, como dice CÁCERES GARCÍA, reúne múltiples funciones a la vez: función de dación de fe pública, de asesoramiento de las partes, de legalización, función de configuración jurídica del negocio, de documentación en forma pública, de legitimación, de previsión preventiva, función de formación, conservación y reconstrucción de protocolos para el Estado; y finalmente de expedición de copias y testimonios de los documentos públicos.

Pero, como dice RODRIGUEZ ADRADOS, todas las funciones citadas se resumen esencialmente en dos: dación de fe y control de legalidad. Dación de fe y control de legalidad van indisolublemente unidas, como tendremos ocasión de comprobar. En realidad, son la cara y la cruz de una misma moneda, pues no se entiende la una sin la otra.

El punto de partida lo componen los artículos 1 y 2 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, en adelante, LON. Los artículos dicen lo siguiente: el primero de ellos define la figura del Notario como “*funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales*”. El segundo de los preceptos sostiene la responsabilidad del Notario, si denegare sin justa causa la intervención de su oficio.

De la combinación de ambos preceptos, la doctrina civilista y notarialista ha extraído tradicionalmente la conclusión de que el Notario, al intervenir, controla la legalidad de lo actuado. Fue con el artículo 17bis de la ley 24/2001 de 27 de diciembre, cuando el legislador introdujo, tras referirse en su número 2º, a que el documento público electrónico se sujeta a las mismas garantías y requisitos de todo documento público notarial y produce los mismos

efectos, cuando añade que el Notario dará fe de que *“a su juicio (...) el otorgamiento se adecua a la legalidad”*.

Más tarde, el artículo 24 de la Ley Notarial, en la redacción dada por la Ley 36/2006, de 29 de Noviembre, prevé en su apartado 2º lo siguiente: *“Los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no solo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga, por lo que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas”*, esto es, que el Notario vele por la regularidad, no solo formal, sino material de los actos y negocios en los que autorice o intervenga.

Un año más tarde, el Real Decreto 45/2007, de 19 de Enero, modificó el Reglamento Notarial, dando una nueva redacción al artículo 145, estableciendo en el párrafo primero 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”*. El párrafo 2º añade que *“Dicha autorización e intervención tiene carácter obligatorio para el notario con competencia territorial a quien se sometan las partes o corresponda en virtud de los preceptos de la legislación notarial, una vez que los interesados le hayan proporcionado los antecedentes, datos, documentos, certificaciones, autorizaciones y títulos necesarios para ello”*. El párrafo tercero contemplaba los supuestos los cuales, si se daban, el Notario debía negar la autorización notarial.

Pues bien, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, referida ésta a lo contencioso, con fecha de 20 de mayo de 2008, declaró nulos los artículos del Reglamento Notarial referidos al control de legalidad que realizaba el Notario. El fallo de dicha Sentencia declaró *“la nulidad de los preceptos reglamentarios en virtud de su insuficiencia normativa por infracción de la reserva de ley, y porque falta una concreta habilitación legal”*. *“Se trata, solamente, de que su establecimiento... ha de responder a la voluntad del legislador plasmada en la correspondiente norma de adecuado rango legal”*. Añade que... *“lo que aquí se cuestiona*

no es la oportunidad o procedencia de que el Notario pueda denegar su autorización o intervención en determinadas situaciones, sino que ello no se haya establecido en norma de adecuado rango legal". Y concluye haciendo suyo el razonamiento de la parte demandante: que *"una cosa es "excusar su ministerio", lo que puede cumplirse con las advertencias notariales y otra negar la intervención notarial conforme a las leyes"*.

Este pronunciamiento resultó un tanto llamativo a los Notarios, ya que, dispone el párrafo primero del artículo 1 de la ley del notariado, lo siguiente: *"El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales"*. Sostienen algunos juristas que la expresión *"el Notario dará fe conforme a las leyes"*, significa que los Notarios darán fe con arreglo a las normas y procedimientos que rigen su función. No obstante, esta interpretación sostenida por parte de los juristas ha sido rechazada mayoritariamente por los Notarios dado que el precepto no dice que el Notario dará fe conforme a su ley, o conforme a esta ley, sino conforme a las leyes, lo que implica control de juridicidad de forma y fondo. De otro lado, porque el art. 1 LON no constituye un precepto aislado, sino que debe ponerse en relación con otros preceptos del mismo cuerpo legal, como son los arts. 2, 17 bis y 24, de los que nos ocuparemos seguidamente. También desde el punto de vista histórico, el control de legalidad ha sido consustancial a la actuación notarial.

La Constitución Española de 1978 declara en su art. 103.1 que *"La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa (...) con sometimiento pleno a la ley y al Derecho"*. De ahí cabe decir que el Notario forma parte de esa Administración Pública como fedatario público.¹¹

5.2 Real Decreto 463/2020

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en coordinación con el Consejo General del Notariado, dictó la Instrucción de 15 de marzo de 2020 sobre la adopción de medidas que garanticen la adecuada prestación del servicio público notarial. Dicha Instrucción expone que el servicio público notarial tiene consideración de servicio público

¹¹ Seda Hermosín, M.A., "El control de legalidad por el notario", 22 de junio de 2017, cit. pp 257-259. Disponible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/control-legalidad-notario-725121177>

de interés general, cuya prestación ha de quedar garantizada en todo el territorio nacional. Por lo tanto, dado el carácter de oficina pública, el Notario no puede cerrar el despacho notarial, exceptuando los supuestos de enfermedad y los establecidos en la legislación notarial¹².

El Real Decreto 463/2020, restringió la intervención notarial a actuaciones de carácter urgente. Estableció, en líneas generales, “*que la intervención notarial es excepcional y la urgencia deberá interpretarse de manera restrictiva*”, pero aclara que el Notario será el sujeto facultado para apreciar la excepcionalidad o no de la actuación, ponderando la naturaleza de la opción, el vencimiento de los plazos, si estos son próximos o no, y los daños patrimoniales que pueden sufrir.

Dentro de los principios notariales, destaca el principio de rogación, esto es, el interesado tendrá que ser el sujeto interesado en ponerse en contacto con la notaría, ya sea a través de un teléfono o por correo electrónico, especificando la urgencia de la acción y el por qué solicita la intervención notarial. Si la apreciación de situación de urgencia resulta satisfactoria por parte del Notario, será este quien citará al interesado, a través de medios no presenciales, para que acuda a la notaria, si bien respetando las medidas sanitarias de prevención y contención del COVID 19, ya sea, el uso de la mascarilla y no tener síntomas.

Pues bien, como ya he mencionado anteriormente, aunque la oficina notarial tenga que permanecer abierta con razón del carácter público que ostenta, es el Notario quien deberá apreciar la urgencia de la operación que se va a realizar, en este caso, la opción de compra. Ante esto, planteo dos posibilidades:

- a. Que el Notario considere que la firma de la escritura pública de compraventa es urgente.

¹² Consejo General del Notariado “La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública dicta una Instrucción sobre la prestación del servicio público notarial”, 15 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.notariado.org/portal/documents/176535/264697/La+DG+de+Seguridad+Jur%C3%ADdica+y+Fe+P%C3%BAblica+dicta+una+Instrucci%C3%B3n+sobre+el+servicio+notarial.pdf/8561ff34-a2dc-b58f-6f09-3a02ce871307?t=1584304394378>

- b. Que el Notario no aprecie la urgencia de la operación.

Si el Notario opta por apreciar la urgencia, hay dos opciones:

- a. Que el Sr. Peláez pueda realizar la firma mediante un mandatario verbal, lo cual sería arriesgado dado que como se menciona en el caso, el Sr. Peláez no tiene a nadie de su confianza en Tenerife para que pueda hacer de representante suyo.
- b. Que el Sr. Peláez pueda acudir presencialmente a la firma. Esto podría suceder dado que el Notario, como fedatario público de la nación que es, ha apreciado el carácter urgente de la operación, transformando la operación en situación de necesidad y, por lo tanto, el desplazamiento de Madrid a Tenerife quedaría amparado por el artículo 7.g del Real Decreto 463/2020, el cual contiene las excepciones a la limitación de movilidad.

Si en cambio, el Notario no declara el carácter urgente de la operación, el hecho de que el Sr. Peláez no acudiese a la firma de la escritura de compraventa, no supondría incumplimiento alguno por parte del Sr. Peláez, porque, además, por causa de fuerza mayor, quedan suspendidos todos los plazos, como previamente he explicado en la pregunta tercera:

- a. Por lo tanto, en virtud de la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto 463/2020, que declaró la *“suspensión de los plazos de prescripción y caducidad”* estableciendo que *“los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos quedarán suspendidos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren”*, los plazos han quedado suspendidos y, por lo tanto, bastaría con que el Sr. Peláez dejase y trasladase por escrito a la promotora su intención de querer ejercitar la opción de compra, siendo esto fundamental ya que, como he concretado en la cuarta pregunta, el plazo de ejercicio de opción de compra es fundamental cumplirlo ya que automatiza la compraventa una vez se ejercite. En relación con la importancia de que el sujeto concedente tenga conocimiento del ejercicio del derecho de opción de compra, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo 738/2016, de 21 de diciembre. Este caso versa sobre la cuestión de qué ocurre en el caso de que la notificación de ejercicio de opción de compra se realice el último día

pero llegue a conocimiento del concedente extemporáneamente. Pues bien, el Tribunal Supremo sienta como regla general que no basta con la emisión de voluntad por parte del optante en plazo, sino que debe llegar a conocimiento del concedente también dentro del plazo pactado. Sin embargo, esta regla quiebra cuando el concedente no pueda ignorar la comunicación del optante sin faltar a las reglas de la buena fe o por haber llegado a su círculo de interés. En palabras del propio Tribunal: *“En este sentido se ha de recordar que la demandante no solo envió burofax no solo envió burofax -en el último día del plazo concedido- manifestando que ejercía el derecho de opción concedido, sino que además procuro la notificación notarial de dicha decisión a la decisión del concedente, lo que no pudo lograrse al estar cerradas las oficinas (...) la concedente pudo prever que durante ese día podía llegarle la notificación del optante y ninguna medida adoptó para que pudiera ser efectiva y llegar a su conocimiento si realmente se producía, por lo que resulta contraria a la buena fe la negativa a reconocer eficacia a la notificación notarial”*.

- b. Que se pueda realizar mediante videoconferencia o videollamada notarial.

5.2.1 Videoconferencia o videollamada notarial

La Real Academia Española define el término videoconferencia como *“Encuentro a través de una red de telecomunicaciones, frecuentemente convocado con anterioridad, que permite a varios interlocutores verse, oírse y compartir información”*.

En momentos excepcionales, hay que aplicar remedios excepcionales, pero no fruto de arbitrarismos u ocurrencias aleatorias, sino que hay que bucear en las instituciones y actuar.

Erich Kaufmann decía que de las instituciones debemos extraer los *principios institucionales*, que no solo tienen un valor normativo propio, sino que también ordenan y miden el alcance de los demás elementos normativos presentes en el seno de la propia institución. Dichos principios institucionales nos han de ayudar a solventar los supuestos excepcionales actuales, interpretados con todos los criterios que recoge el art. 3.1 CC, en especial, el de la realidad

social del momento de aplicación de las normas y el artículo 4.1 CC, en relación con la aplicación analógica de las normas.¹³

El artículo 229.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, más adelante, LOPJ, ya contempla distintas formas de actuación, estableciendo que “(...) *podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa cuando así lo acuerde el juez o tribunal*”. En estos casos, “*el secretario judicial del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo*”.

Teniendo en cuenta la legislación notarial vigente, no podemos decir que la introducción de la videoconferencia en buena parte de las actuaciones notariales sea imposible, ya que la tecnología ofrece hoy medios que hacen posible que el Notario, sin necesidad de intermediación física, pueda afirmar con una seguridad suficiente tanto la identidad personal como la realidad del consentimiento.

5.2.2 Actas Notariales

En materia de actas notariales, como dispone el artículo 198 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado, en adelante RN, puede comprobarse que, con carácter general, no se exigen los siguientes requisitos: la afirmación por el Notario de la capacidad de los requirentes, la dación de fe de conocimiento (salvo las excepciones previstas), tampoco la unidad de acto ni de contexto, ni la identificación de las personas con las que se entiendan las diligencias, ni su identificación. No hay deber de firmar, en diligencias, por quienes realicen manifestaciones percibidas durante la realización del acta, ni tampoco hay deber de

¹³ Higuera Serrano, C., “Videoconferencia y Notario”, 14 de abril de 2020. Disponible en: <https://notariabierta.es/videoconferencia-notario-cambio-sociales-tecnologicos/>

firmar por los requirentes, si “no pudieren” e, incluso, se exime de firma por los requirentes en “supuestos de urgencia, libremente apreciados por el notario”. El artículo 198 RN solamente impide “las conversaciones telefónicas”, bastante razonable en este supuesto, siendo la única manera de identificar a la persona es mediante la voz. Caso distinto es el que nos ocupa con la videollamada. En este último supuesto, el audio incorpora vídeo, constituyendo este un mecanismo muy potente de cara a facilitar la identificación de una persona con los estándares de las actas.

Huelga decir que, el propio requerimiento para solicitar un acta de estas características puede efectuarse, a su vez, electrónicamente, en virtud del artículo 200.2 RN. Esto es, cabe que se efectúe un requerimiento a través de una solicitud electrónica para levantar acta de una reunión, a celebrar mediante videoconferencia, en que asistentes y Notario estén en lugares diferentes e incluso, si se ha requerido así, almacenar el archivo electrónico de la grabación de la reunión efectuada por el Notario.

En virtud del artículo 3.1 CC: *“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”*. Teniendo en cuenta este precepto, y todo lo comentado anteriormente, como el artículo 229 de la LOPJ, no veo sino más condiciones favorables para que todos los medios electrónicos de los que hoy disponemos puedan ser utilizados por los Notarios, siempre que se identifique, de manera correcta, la identidad del sujeto.

5.2.3 Las actas notariales de juntas de sociedades y asociaciones por videoconferencia

La posibilidad de llevar a cabo estas actas por videollamada ya estaba recogida para el caso de las sociedades anónimas, al admitirse, cuando estuviera previsto en los Estatutos, la asistencia de los accionistas a la Junta General por medios telemáticos.

El artículo 175 de la Ley de Sociedades de Capital, en adelante, LSC, exige una ubicación física para la celebración de la Junta General a la que siempre podrán asistir personalmente los socios. Pero el artículo 182 LSC, referido a las sociedades anónimas, permite no solo la asistencia personal de los socios, sino también la asistencia telemática. Este precepto tiene

su precedente en el artículo 97.6 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, según redacción dada por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España.

La Resolución de la antigua Dirección General del Registro y Notariado, en adelante, DGRYN, con fecha de 8 de enero de 2018 concedió, a las sociedades de responsabilidad limitada, el derecho que previamente se había concedido a las sociedades anónimas, esto es, el derecho de asistencia y votación telemática de los socios en la junta general. La Resolución estimó lo siguiente: *“Sobre estas cuestiones debe recordarse que este Centro Directivo, en Resolución de 19 de diciembre de 2012 (con un criterio reiterado en las Resoluciones de 25 y 26 de abril de 2017), estimó válida la asistencia y votación telemática de los socios en la junta general de sociedades de responsabilidad limitada, pues aunque el artículo 182 Ley de Sociedades de Capital se refiere únicamente a la sociedad anónima, ello no debe llevar a entenderla prohibida en aquel tipo social, que, con base en la autonomía de la voluntad (artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital) ha de ser admitida siempre y cuando se asegure que los asistentes remotos tengan noticia en tiempo real de lo que ocurre y en la medida en que los socios puedan intervenir, pues no ofrece menores garantías de autenticidad que la asistencia física; por el contrario, es un medio más de que disponen los socios para regular cuestiones no contrarias a normas imperativas o prohibitivas, posibilitando a socios con domicilios lejanos al domicilio social, incluso en el extranjero, tener un conocimiento directo del modo en que transcurre la celebración de la junta, sin necesidad de costosos desplazamientos o el nombramiento de representantes en personas que, en ocasiones, resulta difícil que sean idóneas, lo cual puede ser especialmente relevante en sociedades con pocos socios, residentes en lugares dispersos. Y lo mismo cabe entender respecto del ejercicio del derecho de voto en los términos del artículo 189 de la Ley de Sociedades de Capital, razón por la que se estimó válida la cláusula estatutaria que posibilite la asistencia a la junta por medios telemáticos, incluida la videoconferencia, siempre que garanticen debidamente la identidad del sujeto, expresándose en la convocatoria los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los socios, que permitan el ordenado desarrollo de la junta, debiendo a tal efecto determinar los administradores que las intervenciones y propuestas de acuerdos de quienes tengan intención de intervenir por*

medios telemáticos se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de constitución de la junta. Como también entendió que, al exigir el artículo 183 de la Ley de Sociedades de Capital que en las sociedades de responsabilidad limitada la representación deba constar por escrito, esta expresión no excluye otras formas de constancia y prueba de que la representación ha sido otorgada, como pueden ser los medios telemáticos o incluso audiovisuales, siempre que quede constancia en soporte grabado para su ulterior prueba”.

Además, el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, en su artículo 40.7 dispone que: *“El notario que fuera requerido para que asista a una junta general de socios y levante acta de la reunión podrá utilizar medios de comunicación a distancia en tiempo real que garanticen adecuadamente el cumplimiento de la función notarial”.*

5.3 Conclusión

Dado el carácter público que ostenta la oficina notarial, esta no permanecerá cerrada, pero esta no permanece abierta para todos los supuestos, sino para los casos en los que el Notario aprecie urgencia en la operación.

Por lo tanto, el Notario podrá:

- a. Apreciar la urgencia de la firma de la escritura de compraventa.
- b. No apreciar la urgencia de la firma de la escritura de compraventa.

En el primer caso, el Sr. Peláez tendría dos opciones:

- a. Nombrar a un mandatario para que realice la operación en su nombre (lo cual no es, desde mi punto de vista, lo más adecuado ya que como se menciona en el caso, no tiene a nadie de confianza en el lugar de firma).
- b. Acudir presencialmente. En este caso, el Real Decreto 463/2020, establece en su artículo 7.g la excepción a la libertad de circulación, esta es, para el caso de situación de necesidad o fuerza mayor, la cual se cumpliría ya que, si el Notario, como fedatario

público que es, declara la urgencia de la operación, entraría dentro del supuesto de necesidad amparado por el artículo 7.g del Real Decreto 463/2020.

Por el contrario, si el Notario no apreciase la urgencia de la firma de la escritura de compraventa:

- a. El Sr. Peláez, se verá eximido del cumplimiento de la obligación en virtud de la disposición adicional cuarta del Real Decreto 463/2020, ya que han quedado suspendidos todos los plazos.
- b. Que el Sr. Peláez pueda realizar la misma mediante videollamada.

En relación con la videollamada, cabe concretar que, pese a que semanas más tarde entrase en vigor el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, el artículo 40.7 del Real Decreto-ley 8/2020, no se vio modificado por este. Por lo tanto, en líneas generales, podemos admitir lo siguiente: la asistencia a la reunión no depende de la presencia, ya que se pueden utilizar medios de comunicación a distancia; al Notario se le requiere para levantar el acta de la reunión, sin necesidad de grabación de la misma, porque lo importante no es el desarrollo fáctico de la junta, sino los acuerdos y acontecimientos que se produzcan en la Junta; lo que debe garantizarse es la función notarial, de la que, salvo lo expresado de poder celebrarse mediante medios de comunicación a distancia, nada más se altera.

Tomando esto como precedente y en atención a las circunstancias dadas, el Sr. Peláez podría realizar la firma de escritura pública de compraventa vía medios telemáticos, porque como antes he mencionado, en circunstancias extremas, se requieren acciones capaces de estar a la altura, por lo que no veo impedimento alguno por el cual se le pueda denegar esta actuación. Más aún cuando el artículo 229 de la LOPJ prevé la realización de determinadas actuaciones vía conferencia y las actas notariales de juntas de sociedades ya se pueden llevar a cabo a través de este medio, siempre que se pueda verificar la identidad de las personas que intervienen. Como antes he comentado, la situación que había el 5 de abril era excepcional, por lo que, mediante la aplicación de los artículos 3.1 y 4.1 CC, el artículo 229 de la LOPJ, el artículo 40.7 del Real Decreto-ley 8/2020 y lo relativo a las actas notariales previamente

comentadas, resulta la combinación de que, teniendo en cuenta la realidad del momento y los tiempos excepcionales que corren, igual que existe la posibilidad de realizar mediante videoconferencia las actas notariales, apliquemos analógicamente este derecho y permitamos que situaciones como las de mi cliente, el Sr. Peláez, puedan ser solventados a través de medios electrónicos.

6 CUESTIÓN SEXTA

Una vez el Sr. Peláez ha adquirido una vivienda, el supuesto que nos ocupa ahora es responderle si, efectivamente, el cliente chino puede pedirle una rebaja en el precio inicialmente pactado.

Huelga decir que, desde la crisis económica de 2008 hasta día de hoy, la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación, ha discurrido por tres diferentes etapas:

1. Una primera etapa surgida en un contexto de profunda crisis económica como la que fue la crisis de 2008, donde algunas resoluciones judiciales empezaron a plantearse una posible flexibilización de la regla *rebus sic stantibus*.
2. Una segunda etapa en la cual el Tribunal Supremo normalizó la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* con las sentencias de 30 de junio y 15 de octubre de 2014.
3. Una tercera etapa que tuvo lugar en 2015, con el recalque por el Tribunal Supremo del carácter excepcional que debía seguir manteniendo la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a pesar del sentido de la normalización que las Sentencias del Tribunal Supremo de 2014 dieron a la cláusula. En la sentencia de 24 de febrero de 2015, el Tribunal no aplicó la cláusula a un contrato de compraventa de fincas rústicas cuya base del negocio la constituían las expectativas de desarrollo urbanístico de la zona, circunstancias que se vieron alteradas por la sobrevenida crisis económica. En la actualidad, ha quedado claro que el requisito de total imprevisibilidad hace que la cláusula no pueda aplicarse cuando dicho cambio constituya un riesgo expresamente

previsto o asumido en el contrato, como sucede con la compraventa especulativa, no pudiendo aplicarse la cláusula de manera generalizada.¹⁴

Las tres mencionadas etapas nacen bajo la situación de una fuerte crisis económica y financiera¹⁵, considerada por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 17 de enero y 22 de julio de 2013, 30 junio de 2014 y 24 de febrero de 2015, como etapa de “grave recesión económica”, manteniendo la excepcionalidad y el discurso de inseguridad jurídica en la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.¹⁶

Fue en el año 2012, cuando el Tribunal Supremo ya empezó a considerar la crisis económica como un hecho notorio, permitiendo su valoración a los efectos de considerar la imprevisibilidad y sus consecuencias. Concretamente, fue con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012 cuando el Tribunal permitió aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* en un caso de compraventa de viviendas afectados por la crisis económica, pronunciándose acerca de lo siguiente: “aunque la crisis económica, por sí sola, no permita al comprador desistir del contrato, no se puede descartar, en términos generales, su posible valoración a través de la aplicación de la regla “*rebus sic stantibus*” (estando así las cosas) cuando de la valoración del conjunto de circunstancias concurrentes, y de la propia configuración jurídica de la regla, se desprenda su posible y correcta aplicación al ámbito

¹⁴ ESPÍN ALBA, I, “Cláusula *rebus sic stantibus* e interpretación de los contratos: ¿y si viene otra crisis?”, Reus, 2020, cit, p, 108.

¹⁵ FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., ““La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales y la doctrina *rebus sic stantibus*. Génesis y evolución de un principio jurídico”; *Persona y Derecho*, vol. 74, 2016, pp-291-318”.

¹⁶ YZQUIERDO TOSLADA, M., “Cláusula “*rebus sic stantibus*” en la compraventa de inmuebles y crisis económica: Comentario de las sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 18 de enero de 2013 (1013/2013 y 679/2013)”, *Comentarios a las sentencias de unificación de la doctrina: civil y mercantil* (coord. M. Yzquierdo Tolsada), vol. 6, 2016 (2013-2014), pp. 83-94. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-

[4 Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil Cláusula «rebus sic stantibus» en la compraventa de inmuebles y crisis económica](#)

de la compraventa de viviendas realmente afectadas por la tipificad jurídica que se derive de la crisis económica”.

Pues bien, un año más tarde, con la llegada de dos sentencias en 2013, concretamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero y la Sentencia de Tribunal Supremo de 18 de enero, el Tribunal Supremo admite, con claridad argumentativa, que la crisis económica puede producir alteraciones extraordinarias imprevistas. En concreto, la Sentencia de 17 de enero de 2013 declara que “...una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación extrema de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurran en cada caso concreto otros requisitos (...) una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes”.

Esta línea jurisprudencial fue seguida por el Tribunal Supremo en el año 2014. Destacan las Sentencias del citado tribunal de 30 de junio y 15 de octubre de 2014.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014, la cual nos va a ocupar parte de la explicación, estableció como regla lo siguiente: “*todo cambio de bienes y servicios que se realice onerosamente tiene que estar fundado en un postulado de conmutatividad, como expresión de un equilibrio básico entre los bienes y servicios que son objeto de intercambio. (...) Por tanto, más allá de su mera aplicación como criterio interpretativo, art. 1289 CC, la conmutatividad se erige como una regla de la economía contractual que justifica, ab initio, la posibilidad de desarrollo de figuras como la cláusula rebus sic stantibus*”.

Pues bien, sobre la conmutatividad y la excesiva onerosidad, basaré mi siguiente explicación para concluir que no, el cliente chino no podrá invocar la cláusula *rebus sic stantibus* para solicitar a mi cliente una rebaja del precio inicialmente pactado.

6.1 Sentencias de 30 de junio y 15 de octubre de 2014 del Tribunal Supremo

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio y 15 de octubre de 2014, herederas de sus predecesoras Sentencias de 17 de enero y 18 de enero de 2013, supusieron un cambio en la apreciación de la crisis económica respecto de la aplicación a la cláusula *rebus sic stantibus*.

En particular, la sentencia de 30 de junio de 2014 se pronunció sobre lo siguiente: “*De esta forma, el contraste de la denominada base objetiva del negocio nos permite concluir que la mutación o cambio de circunstancias determina la desaparición de la base del negocio cuando:*

- *La finalidad económica primordial del contrato, ya expresamente prevista, o bien derivada de la naturaleza o sentido del mismo, se frustra o se torna inalcanzable.*
- *La conmutabilidad 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.*

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”.

Respecto de la conmutatividad como principio que debe primar en las relaciones, la Sentencia de 30 de junio de 2014, se pronunció sobre lo siguiente: “*De la primera regla se desprende que todo cambio de bienes y servicios que se realice onerosamente tiene que estar fundado en un postulado de conmutatividad, como expresión de un equilibrio básico entre los bienes y servicios que son objeto de intercambio. Este "equilibrio básico", que no cabe confundir con la determinación del precio de las cosas fuera de la dinámica del mercado (precios intervenidos o declarados judicialmente), resulta también atendible desde la fundamentación causal del contrato, y sus correspondientes atribuciones patrimoniales, cuando deviene profundamente alterado con la consiguiente desaparición de la base del negocio que le dio*

sentido y oportunidad...En este sentido, si en virtud de la buena fe el acreedor no debe pretender más de lo que le otorgue su derecho y el deudor no puede pretender dar menos de aquello que el sentido de la probidad exige, todo ello de acuerdo a la naturaleza y finalidad del contrato; también resulta lógico, conforme al mismo principio, que cuando, fuera de lo pactado y sin culpa de las partes y de forma sobrevenida, las circunstancias que dotaron de sentido la base o finalidad del contrato cambian profundamente, las pretensiones de las partes, lo que conforme al principio de buena fe cabe esperar en este contexto, pueden ser objeto de adaptación o revisión de acuerdo al cambio operado”.

Pues bien, con la invocación de la cláusula *rebus sic stantibus*, el cliente chino está pretendiendo más de lo que le otorga su derecho ya que, aunque se haya depreciado el valor del inmueble en el mercado inmobiliario, el Sr. Peláez adquiere el mismo por el valor inicial pactado. En este sentido, ambos se mantienen en la misma situación económica existente al momento de firmar el contrato. Además, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 15 de enero de 2011, establece que: *“Por lo que se refiere a la desaparición de la base del negocio como fundamento de la resolución contractual: i) es necesario que se produzca un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento. Asimismo, dicha Sentencia también se pronuncia respecto del plazo de alquiler de 10 años que el Sr. Peláez ofrece en régimen de alquiler, estableciendo lo siguiente: “Junto a ello, la posibilidad pactada de que el arrendatario pudiera poner fin al contrato transcurridos los diez primeros años de vigencia muestra también que el contrato preveía un mecanismo para amortiguar el riesgo del arrendatario de que, si el negocio no le resultaba económicamente rentable en las condiciones acordadas, pudiera poner fin al contrato”.*

Como recuerda JUAREZ TORREJÓN, la imprevisibilidad es “necesaria, pero no es suficiente”.¹⁷

¹⁷ JUÁREZ TORREJÓN, A., “Autonomía de la voluntad, derecho dispositivo, y distribución del riesgo contractual”, *Derecho de Contratos: Nuevos Escenarios y Nuevas Perspectivas* (dirs. C. Hornero Méndez, M. Espejo Lerdo de Tejada y F. Oliva Blázquez), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p.356.

La Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de 22 de febrero de 2016, concretamente en el fundamento de derecho octavo, siguió la misma línea jurisprudencial que estableció la ya mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014, en relación con lo siguiente: *“Atendiendo a los criterios objetivos jurisprudenciales expuestos, debemos examinar si, de los hechos que han resultado acreditados, podemos concluir si ha producido un relevante cambio de las condiciones básicas del contrato, a causa de una sobrevenida mutación de las circunstancias que dieron sentido al negocio celebrado, hasta el punto que ha comportado la desaparición de la base del negocio, y en ese caso aplicar la cláusula rebus sic stantibus.*

Hemos visto que la mutación o cambio de circunstancias determina la desaparición de la base del negocio cuando:

- La finalidad económica primordial del contrato, ya expresamente prevista, o bien derivada de la naturaleza o sentido del mismo, se frustra o se torna inalcanzable. Debe contrastarse el alcance de dicha mutación.

- 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. Debe existir la conmutatividad del comercio jurídico, el equilibrio básico entre los bienes y servicios que son objeto de intercambio. Si ese equilibrio desaparece con la alteración, también desaparece la base del negocio que le dio sentido y oportunidad, a menos que, conforme al principio de buena fe, las pretensiones de las partes sean objeto de adaptación o revisión de acuerdo al cambio operado”.

En el presente caso, no ha desaparecido la base del negocio ya que, ni la finalidad económica del contrato se ha frustrado, ni ha desaparecido la equivalencia de las prestaciones.

6.2 Sentencia del Tribunal Supremo de 24 febrero de 2015

Pues bien, las citadas Sentencias de 2014, propugnaron una aplicación normalizadora de la cláusula *rebus sic stantibus* y fue a partir de este momento cuando, de repente, entramos en un momento el cual la alegación de la cláusula *rebus sic stantibus* se produjo de manera abundante y aleatoria. Parece que, durante un tiempo, se abandonó, por parte de los abogados

y asesores, el requisito de subsidiaridad para alegar la cláusula *rebus sic stantibus*¹⁸. Fue con la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2015 cuando el Tribunal Supremo aclaró que la alegación de la crisis económica no era suficiente para aplicar de manera automática la cláusula *rebus sic stantibus* ya que, aunque esta figura se había flexibilizado en base a las sentencias de 30 de junio y 15 de octubre de 2014, sigue siendo imprescindible tener en cuenta las circunstancias del caso concreto y que, aún cuando la evolución jurisprudencial caminó hacia *“una caracterización más flexible y adecuada a su naturaleza, no por ello se ha prescindido de su prudente y moderada aplicación derivada tanto de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico, como de su necesaria concreción funcional en el marco de la eficacia causal del contrato”*. En efecto, afirma que *“la consideración, por esta Sala, del carácter de hecho notorio que caracterizó la crisis económica de 2008, no comporta, por ella sola, que se derive una aplicación generalizada, o automática, de la cláusula rebus sic stantibus a partir de dicho periodo, sino que es del todo necesario que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate”*.

En resumen, la aplicación más normalizada de la cláusula fue retocada en 2015 por el Tribunal Supremo, haciendo hincapié de nuevo en que la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* se sigue aplicando de manera excepcional y el motivo de alegación de la crisis económica no será suficiente para su aplicación. En esta línea se pronunció la ya famosa y reiterada Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2015: *“Ello se traduce, a diferencia de la doctrina jurisprudencial anterior, en la estimación, como hecho notorio, de que la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido. No obstante, reconocida su relevancia como hecho impulsor del cambio o mutación del contexto económico, la aplicación de la cláusula rebus no se produce de forma generalizada ni de un modo automático pues como señalan ambas Sentencias, y aquí se ha reiterado, resulta*

¹⁸ ESPÍN ALBA, I, *“Cláusula rebus sic stantibus e interpretación de los contratos: ¿y si viene otra crisis?”*, Reus, 2020, cit, p, 119.

necesario examinar que el cambio operado comporte una significación jurídica digna de atención, en los casos planteados, esto es, que la crisis económica constituya en estos casos un presupuesto previo, justificativo del cambio operado no significa que no deba entrarse a valorar su incidencia real en la relación contractual de que se trate; de ahí, que ambas Sentencias destaquen que la crisis económica, como hecho ciertamente notorio, no pueda constituir por ella sola el fundamento de aplicación de la cláusula rebus máxime; como resulta de los supuestos de hecho de las Sentencias citadas, cuando confundiendo la tipicidad contractual de la figura se pretende su aplicación por la vía errónea de la imposibilidad sobrevenida de la prestación (1182 a 1184 del Código Civil)”.

Lo que nos viene a decir esta Sentencia es que, si bien es cierto que la crisis económica se considera un hecho notorio capaz de alterar las circunstancias iniciales por las que las partes iniciaron la relación contractual, no es cierto que este motivo tenga la embergadura suficiente como para invocar la cláusula *rebus sic stantibus* única y exclusivamente en su nombre.

Lo que viene diciendo la jurisprudencia es que se debe probar que ese hecho que ha causado la alteración de las circunstancias, al mismo tiempo, ha roto la conmutatividad del contrato, volviendo el mismo excesivamente oneroso para una de las partes. En palabras de la propia sentencia: *“En este sentido, y conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, interesa resaltar que la consideración, por esta Sala, del carácter de hecho notorio que caracterizó la crisis económica de 2008, no comporta, por ella sola, que se derive una aplicación generalizada, o automática, de la cláusula rebus sic stantibus a partir de dicho periodo, sino que es del todo necesario que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate”.*

En este sentido, la Sentencia dice: *“En relación a la excesiva onerosidad hay que señalar que su incidencia debe ser relevante o significativa respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado. Este hecho se produce cuando la excesiva onerosidad operada por dicho cambio resulte determinante tanto para la frustración de la finalidad económica del contrato (viabilidad del mismo), como cuando representa una alteración significativa o ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones (conmutatividad del contrato). En este caso, las hipótesis son básicamente dos; que la*

excesiva onerosidad refleje un substancial incremento del coste de la prestación, o bien, en sentido contrario, que la excesiva onerosidad represente una disminución o envilecimiento del valor de la contraprestación recibida”.

Sin embargo, no podemos afirmar que las circunstancias que podrían llegar a alterar el contrato de arrendamiento se den en el caso, ya que estas circunstancias no pueden ser analizadas en abstracto, sino que deben ser analizadas de manera casuística. Por otro lado, tampoco podemos afirmar que el contrato se haya convertido en oneroso para la parte que alega la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Esto es así dado que el cliente chino no ha acreditado nada acerca del nexo o relación causal de la crisis económica respecto de un significativo incremento del coste de la prestación, especialmente con relación a las circunstancias y condiciones de financiación para el pago del precio, bien respecto de la restricción de la misma, o bien de su respectivo encarecimiento.

El fundamento de derecho séptimo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de febrero de 2016, en su punto 4, concluía lo siguiente: *“En relación con el necesario cambio o adaptación de los referentes que tradicionalmente han configurado o caracterizado la aplicación de esta cláusula todo parece indicar que debe abandonarse su antigua fundamentación según reglas "de equidad y justicia" en pro de una progresiva objetivación de su fundamento técnico de aplicación. En este sentido, la fundamentación objetiva de la figura, alejada de los anteriores criterios subjetivistas, resulta ya claramente compatible con el sistema codificado. Así, en primer lugar, conviene señalar que la aplicación de la cláusula, en rigor, no supone una ruptura o singularidad respecto de la regla preferente de la lealtad a la palabra dada (pacta sunt servanda), ni tampoco de la estabilidad o mantenimiento de los contratos. Por contra, su aplicación, cifrada en una sobrevenida mutación de las circunstancias que dieron sentido al negocio celebrado, se fundamenta en criterios o reglas que también pueden definirse como claves de nuestro sistema codificado, ya que desde su moderna configuración la figura obtiene su fundamento último de las propias directrices del orden público económico, particularmente de la regla de la conmutatividad del comercio jurídico y del principio de buena fe.*

De la primera regla se desprende que todo cambio de bienes y servicios que se realice onerosamente tiene que estar fundado en un postulado de conmutatividad, como expresión

de un equilibrio básico entre los bienes y servicios que son objeto de intercambio. Este "equilibrio básico", que no cabe confundir con la determinación del precio de las cosas fuera de la dinámica del mercado (precios intervenidos o declarados judicialmente), resulta también atendible desde la fundamentación causal del contrato, y sus correspondientes atribuciones patrimoniales, cuando deviene profundamente alterado con la consiguiente desaparición de la base del negocio que le dio sentido y oportunidad. Por tanto, más allá de su mera aplicación como criterio interpretativo, [artículo 1289 del Código Civil \(EDL 1889/1\)](#), la conmutatividad se erige como una regla de la economía contractual que justifica, ab initio, la posibilidad de desarrollo de figuras como la cláusula rebus sic stantibus .

En conexión con lo afirmado, el principio de buena fe en la economía de los contratos, sin perjuicio de su aplicación como interpretación integradora del contrato ([artículo 1258 del Código Civil](#)) (EDL 1889/1), y sin caer en su aplicación como mera cláusula general o cláusula en blanco de cara a la más amplia discrecionalidad o arbitrio judicial, permite una clara ponderación de los resultados que se deriven de la regla de que los pactos deben siempre ser cumplidos en sus propios términos. En este sentido, si en virtud de la buena fe el acreedor no debe pretender más de lo que le otorgue su derecho y el deudor no puede pretender dar menos de aquello que el sentido de la probidad exige, todo ello de acuerdo a la naturaleza y finalidad del contrato; también resulta lógico, conforme al mismo principio, que cuando, fuera de lo pactado y sin culpa de las partes y de forma sobrevenida, las circunstancias que dotaron de sentido la base o finalidad del contrato cambian profundamente, las pretensiones de las partes, lo que conforme al principio de buena fe cabe esperar en este contexto, pueden ser objeto de adaptación o revisión de acuerdo al cambio operado. Esta relación entre el principio de buena fe y la cláusula rebus sic stantibus ya ha sido reconocida por esta Sala, caso, entre otras, de la Sentencia de 21 de mayo de 2009 (núm. 1178/2004).

En segundo lugar, porque esta razón de compatibilidad o de normalidad con el sistema codificado tampoco se quiebra si atendemos al campo de los efectos o consecuencias jurídicas que la aplicación de la cláusula opera, ya sea un efecto simplemente modificativo de la relación, o bien puramente resolutorio o extintivo de la misma. Pensemos que figuras que comparten idénticas consecuencias, caso de la acción resolutoria ([artículo 1124 del](#)

Código Civil) (EDL 1889/1) y de la acción rescisoria por fraude de acreedores (1111 y 1291, 3º del Código Civil), con idéntica naturaleza de la ineficacia resultante, pues supone la validez estructural del contrato celebrado (artículo 1290 del Código Civil) (EDL 1889/1), una vez superados los prejuicios de la economía liberal, se aplican en la actualidad con plena normalidad sin necesidad de recurrir a su excepcionalidad o singularidad dentro del campo contractual. En parecidos términos, si la relación se establece con el principio de conservación de los contratos (entre otros artículo 1284 del Código Civil) (EDL 1889/1), en donde su desarrollo tiende a especializarse respecto de la nulidad contractual como régimen típico de ineficacia; Sentencias de pleno de 15 de enero de 2013 (nº 827, 2012) y de 16 de enero de 2013 (nº 828, 2012). Por otra parte, dicha razón de compatibilidad tampoco se quiebra si nos fijamos en la nota de la subsidiariedad con la que tradicionalmente viene calificada la aplicación de esta cláusula, pues fuera de su genérica referencia a la carencia de cualquier otro recurso legal que ampare la pretensión de restablecimiento del equilibrio contractual, su adjetivación de subsidiaria hace referencia, más bien, a que su función no resulte ya cumplida por la expresa previsión de las cláusulas de revisión o de estabilización de precios, (SSTS de 24 de septiembre de 1994 y 27 de abril de 2012).

En tercer lugar, esta razón de compatibilidad y normalidad en la aplicación de esta figura no puede desconocerse a tenor del desenvolvimiento jurídico experimentado en el contexto del Derecho europeo. En efecto, del mismo modo que la conservación de los contratos constituye un principio informador del derecho contractual europeo, reconocido por los textos de referencia ya señalados y aplicados por esta Sala en las Sentencias de 15 y 16 de enero de 2013 (núms. 827 y 828/2013, respectivamente) la cláusula rebus sic stantibus o si se prefiere, la relevancia del cambio o mutación de las condiciones básicas del contrato, ha sido objeto de regulación por estos mismos textos de armonización sin ningún tipo de regulación excepcional o singular al respecto, como un aspecto más en la doctrina del cumplimiento contractual. En este sentido, no puede desconocerse un cierto valor añadido a las citadas sentencias de 17 y 18 de enero de 2013 pues fuera de la oportunidad del momento, la referencia a la cláusula se realiza de un modo normalizado, conforme a los textos de armonización citados, y se admite su posible aplicación a casos que traigan causa de la "crisis económica", supuesto claramente más amplio y complejo que los derivados de

la devaluación monetaria que sirvió de base a un cierto renacimiento de la cláusula rebus sic stantibus”.

Por otro lado, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de marzo de 2016, en su fundamento de derecho segundo, volvió a recalcar el repetido criterio sostenido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2015, cuando el Tribunal Supremo afirmó *“del carácter de hecho notorio que caracterizó la crisis económica de 2008, no comporta, por ella sola, que se derive una aplicación generalizada o automática, de la cláusula “rebus sic stantibus” a partir de dicho periodo, sino que es del todo necesario que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate”*. En este sentido, la Audiencia Provincial de Barcelona advirtió, de nuevo, que la cláusula rebus sic stantibus no puede ser alegada sin más. En palabras de la propia sentencia: *“Por último pretende la demandada que se le aplique la cláusula rebus sic stantibus, lo que, a entender de la Sala, esta pretensión resulta casi temeraria. No aporta prueba alguna que ampare tal petición, tal como bien se expone por la juzgadora de instancia (folios 111 Y 112). La citada cláusula solo puede ser acogida, previa prueba fehaciente de un cambio sustancial de la situación. Esta cláusula “trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, cuando la alteración sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes o bien acabe frustrando el propio fin del contrato” (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2013). Tradicionalmente se ha aplicado esa regla de forma muy restrictiva, aunque ahora se tiende a una aplicación más normal, cuando hay un cambio de circunstancias extraordinario que altera el equilibrio del contrato, haciendo mucho más onerosa la posición de una de las partes (sentencia de 30 de junio de 2014)”*.

En definitiva, no es de aplicación al supuesto de autos la citada cláusula, no solo por falta de prueba de circunstancias sobrevenidas que impidieran el cumplimiento del contrato, sino también porque tampoco se prueba que la demandada se encuentre en situación de grave onerosidad, por todo lo cual ha de ser confirmada la sentencia en sus términos”.

6.3 Conclusión

Pese a que el Tribunal Supremo flexibilizase los requisitos para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* con las Sentencias mencionadas del 2014, no se puede afirmar que el requisito de la imprevisibilidad se cumpla cuando los efectos se deban a un funcionamiento de negocio no acorde con el esperado.

En conclusión, el cliente chino no puede invocar la citada cláusula para rebajar el 30% del precio previamente estipulado ya que, de acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia, principalmente en las sentencias de 30 junio 2014 y 24 de febrero de 2015, el cliente chino no ha alegado motivo distinto a la crisis económica y, en segundo lugar, no se aprecia excesiva onerosidad al no haber podido ejercitar el Sr. Peláez reducción en el precio de la opción. Por lo tanto, la única posibilidad que tendría el cliente chino para rebajar el precio sería mediante la posibilidad de negociar mediante la buena fe contractual.

7 CUESTIÓN SÉPTIMA

7.1 Contrato de Transporte Aéreo

El artículo 36 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, establece lo siguiente: *“si como consecuencia de las medidas adoptadas por las autoridades competentes durante la vigencia del estado de alarma o durante las fases de desescalada o nueva normalidad, los contratos suscritos por los consumidores y usuarios, ya sean de compraventa de bienes o de prestación de servicios, incluidos los de tracto sucesivo, resultasen de imposible cumplimiento, el consumidor y usuario tendrá derecho a resolver el contrato durante un plazo de 14 días desde la imposible ejecución del mismo siempre que se mantenga la vigencia de las medidas adoptadas que hayan motivado la imposibilidad de su cumplimiento”*.

Esta normativa, aprobada durante el estado de alarma, ha extendido su ámbito de aplicación, consecuencia del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. En este sentido, el artículo 36 concede a los usuarios el derecho a resolver el contrato cuando resulte imposible cumplir el mismo como consecuencia de las medidas adoptadas por las autoridades competentes *“durante las fases de desescalada o nueva normalidad”*.

Pues bien, en este supuesto no se aprecia incumplimiento por parte del empresario ya que el vuelo, no se ha cancelado, no siendo el artículo 36 del Real Decreto-ley 21/2020 aplicable. Por un lado, si atendemos a la literalidad de la norma, nada nos dice el artículo 36 del Real Decreto-ley 21/2020 que el mismo solo pueda invocarse en caso de incumplimiento por parte del empresario. Pero, como en derecho no podemos atender únicamente a la literalidad de la norma, la doctrina ha presupuesto que el artículo 36 del citado Real Decreto entra en juego cuando ha habido incumplimiento por parte del empresario, no siendo el supuesto aquí planteado ya que solo se podría pedir responsabilidad a la aerolínea si ésta hubiera incumplido.

Así pues, el Ministerio de Consumo publicó con fecha de 2 de abril de 2020 una Circular relativa al derecho de consumidores y usuarios ante la situación provocada por el COVID-19, la cual establece lo siguiente: *“En el supuesto de que no se cumplan las circunstancias anteriores, pero el usuario se vea afectado por las medidas decretadas en el estado de alarma, tendrá derecho a cancelar el vuelo sin penalización. La aerolínea podrá ofrecerle una alternativa de vuelo y, si en el transcurso de 60 días desde la cancelación del vuelo no ha habido acuerdo entre las partes sobre la alternativa ofrecida, se reembolsarán al viajero los importes abonados. En caso de que la aerolínea no cumpla con sus obligaciones y el usuario considere que no se han respetado sus derechos, debe reclamar a la compañía, y en*

*caso de no recibir respuesta o esta no ser satisfactoria, puede presentar una reclamación ante la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA) sin coste alguno”.*¹⁹

Más adelante, concretamente el 21 de mayo de 2020, el Ministerio de Consumo volvió a emitir otra Circular, añadiendo al precepto lo siguiente: *“En el supuesto de que no se cumplan las circunstancias anteriores, pero el usuario se vea afectado por las medidas decretadas en el estado de alarma, tendrá derecho a cancelar el vuelo sin penalización solicitando la resolución del contrato de transporte aéreo desde la imposible ejecución del contrato y hasta 14 días naturales tras la finalización del estado de alarma y sus prórrogas. La aerolínea podrá ofrecerle un bono o alternativa de vuelo y, si en el transcurso de 60 días naturales desde la solicitud de resolución contractual por parte del viajero no ha habido acuerdo entre las partes sobre la alternativa ofrecida, se reembolsarán al viajero los importes abonados. No obstante, la empresa podrá descontar los gastos originados por el reembolso, que deberán estar convenientemente desglosados y que, en ningún caso, podrán suponer una penalización para el usuario”.*²⁰

Teniendo en cuenta que el Sr. Peláez acude a mi despacho el 5 de abril y que, por entonces, esta última Circular no se había emitido aún, me centraré en la Circular emitida el 2 de abril, donde se establece la obligación por parte de la aerolínea a ofrecer una alternativa al consumidor.

Pues bien, en base a esto, podemos afirmar que el Sr. Peláez efectivamente tendrá derecho a resolver el contrato de transporte aéreo y, por consiguiente, tendrá derecho a la devolución del precio anticipado del vuelo y a rechazar el bono que le ofrece la compañía, una vez

¹⁹ Secretaria General de Consumo. “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://www.covb.cat/pdf/2020/coronavirus/2020-04%20-02-derechos-consumidores-covid-19.pdf>

²⁰ Secretaria General de Consumo y Juego. “Derechos de consumidores y usuarios ante la situación provocada por el Coronavirus (COVID-19)”. *Ministerio de Consumo*, 21 de mayo de 2020. Disponible en: https://www.consumoresponde.es/sites/default/files/noticias/200521_COVID19_Nota_derechos_consumidores_ministerio_consumo.pdf#overlay-context=actualidad/noticias/aviso-consumo-cancelaciones-vuelos-viajes-eventos-coronavirus-covid-19

transcurra el plazo de 60 días impuesto por la ley para llegar a un acuerdo conmutativo para ambos.

7.2 Conclusión

Este supuesto no presenta incumplimiento alguno por parte del empresario, ya que el vuelo no se ha cancelado, esto es, sigue operativo. A diferencia de las cuestiones próximas, este supuesto no presenta incumplimiento por parte del empresario. Por lo que, en virtud de la Circular de 2 de abril de 2020 emitida por el Ministerio de Consumo, el Sr. Peláez tendrá derecho a resolver su contrato de transporte aéreo y, por consiguiente, a la devolución del precio anticipado de los servicios contratados, en este caso el importe del vuelo, que no ha podido disfrutar como consecuencia de las restricciones a la movilidad. En relación con la cuestión del bono, podemos afirmar que el Sr. Peláez tendrá derecho a rechazar el bono si no ha llegado a un acuerdo con la aerolínea, una vez transcurran 60 días, ya que el ofrecimiento de un bono sustitutivo por parte de la aerolínea no afecta al derecho de decisión del viajero de optar por el reembolso, si así lo prefiere.

8. CUESTIÓN OCTAVA

Este supuesto contempla, a diferencia del anterior, un ejemplo de incumplimiento por parte del empresario. En este caso, el hotel se encuentra cerrado, por lo que la prestación de servicios se ve impedida. Para ello, analizaré el artículo 36 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

8.1 La negociación como medio para revisar el contrato

El artículo 36.1 del citado Real Decreto, concede al consumidor el derecho a resolver el contrato cuando el empresario ha incumplido el mismo. Asimismo, el precepto contempla lo siguiente: *“la pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes, sobre la base de la buena fe, una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato. Las*

propuestas de revisión podrán abarcar, entre otras, el ofrecimiento de bonos o vales sustitutorios al reembolso. A estos efectos, se entenderá que no cabe obtener propuesta de revisión cuando haya transcurrido un periodo de 60 días desde la imposible ejecución del contrato sin que haya acuerdo entre las partes sobre la propuesta de revisión”.

En otras palabras, este texto muestra el camino que debe seguir el consumidor en aras del incumplimiento del empresario y esto es que el consumidor, no podrá resolver el contrato si antes las partes no han intentado llegar a un acuerdo conmutativo para ambos. Esta es la verdadera novedad del precepto: la norma obliga al consumidor a “negociar” con el empresario una solución pactada, la cual puede consistir en aceptar bonos o vales por el importe del precio que el consumidor podrá usar en el futuro. Las partes deberán negociar e intentar alcanzar “*sobre la base de la buena fe, una solución que restaure la reciprocidad de intereses del Contrato*”. Sin embargo, el precepto no establece ninguna excepción a esta necesaria negociación, sino que las partes, tienen que negociar para intentar llegar a un acuerdo, con el fin de “reestructurar” el contrato, de manera que este pueda ser satisfactorio para ambos. La obligación de negociar durante un periodo de 60 días hace que el consumidor, durante ese plazo, no pueda ni desvincularse del contrato, ni reclamar el precio abonado.

Así las cosas, las partes tendrán que negociar incluso cuando la fecha de cumplimiento se pactó en el contrato como “término esencial”, o cuando su consideración como “término esencial” resulte de las circunstancias del caso.

Pero, en sentido técnico, consumidor y empresario no están obligados a negociar. Es más, la negociación puede culminar con un acuerdo novatorio o no. Hay plena libertad, por lo que las partes podrán, o no, novar el contrato en los términos que deseen. Con esto me refiero a que el consumidor no está obligado a sentarse a negociar con el empresario, sino que este puede mantenerse con la misma postura durante los 60 días que la ley establece de plazo para que las partes “negocien”, siendo perfectamente posible que el consumidor muestre desde un primer momento su negativa a querer otra solución. Eso si, el consumidor no podrá ejercitar

la acción de resolución hasta que transcurra el plazo de 60 días que ha establecido el precepto.²¹

Por lo tanto, contestando a la pregunta acerca de la devolución inmediata del precio, la respuesta es no, ya que mínimo debe transcurrir el plazo de 60 días naturales establecido en el artículo 36 del Real Decreto-ley 11/2020 para la devolución del precio.

8.2 El derecho a resolver el Contrato por parte del consumidor

Como previamente he mencionado antes, el artículo 36.1 del referido Real Decreto-ley, concede al consumidor el derecho a resolver el contrato. Pero, la pregunta es: ¿este derecho faculta al consumidor a resolver en todos los casos?

Una primera lectura de la norma parece dar a entender que el consumidor tiene derecho a resolver el contrato en todo caso, véase la primera frase del precepto que establece: “*el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato durante un plazo de 14 días*”. Pero no, no es cierto que el consumidor tenga derecho a resolver el contrato por el simple incumplimiento del empresario. El artículo 36.1 no describe en qué casos podrá el consumidor resolver el contrato por incumplimiento, sino que se limita a señalar que, si el incumplimiento es de tal magnitud que cabe ejercitar la resolución del contrato, las partes deben prestar su disposición a negociar, durante al menos sesenta días, para intentar alcanzar una novación modificativa del contrato. Es decir, el consumidor podrá resolver el contrato cuando la resolución sea posible conforme a las reglas del CC, artículo 1124, y la normativa de protección de consumidores que resulte de aplicación.

Lo que quiere decir esto es que hay incumplimientos que autorizan e incumplimientos que no autorizan, al consumidor, a resolver el contrato. Por ejemplo, si el vendedor tiene que

²¹ Marín López, M.J. , “Efectos del COVID-19 en los contratos con consumidores: el artículo 36 del RD-Ley 11/2020”, *Centro de Estudios de Consumo*, 11 de abril de 2020, DOI: http://consumo.castillalamancha.es/sites/consumo.castillalamancha.es/files/2020-04/Efectos_del_COVID-19_en_los_contratos_con_consumidores-_el_art_36_del_RD-ley_112020_0.pdf

entregar un bien inmueble el 22 de abril, pero no lo puede hacer porque su establecimiento está cerrado, la no entrega del bien no autoriza al consumidor a resolver el contrato, sino que tendrá que concederle un plazo adicional para cumplir, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, en virtud del artículo 66 bis.2.I TRLGDCU. Por lo tanto, en líneas generales, podemos afirmar que, salvo que el retraso del bien frustre definitivamente las expectativas del comprador o se haya pactado la fecha de entrega como término esencial de la misma, el consumidor no podrá instar directamente la acción de resolución, sino que deberá acudir primero a remedios primarios, siendo este un medio subsidiario. En esta línea el artículo 121 del TRLGDCU plantea lo siguiente:

“Artículo 121. Rebaja del precio y resolución del contrato.

La rebaja del precio y la resolución del contrato procederán, a elección del consumidor y usuario, cuando este no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que éstas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario. La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia”.

Dicho esto, el caso que nos ocupa es el del hotel. Pues bien, el motivo por el que el Sr. Peláez contrató estos servicios no eran más que los convencionales cuando te mueves de ciudad para realizar determinadas gestiones. Esto es, el Sr Peláez reservó el hotel porque tenía cita en la notaria para formalizar la opción de compra. En relación con la alternativa presentada de poder realizar ésta mediante videollamada, el motivo de estancia en el hotel se ha visto completamente frustrado. En este caso, el periodo en el que se iba a prestar inicialmente el servicio era determinante, por lo que, aunque el servicio se pueda prestar en otro momento, no cabe remedio más primario que el de resolver el contrato por parte de mi cliente con el Hotel. Por lo tanto, si no es posible alcanzar un acuerdo satisfactorio, el Hotel deberá devolver las sumas abonadas por el Sr Peláez, salvo gastos debidamente justificados.

8.3 La devolución del precio como efecto de la acción resolutoria

El artículo 36.2 del Real Decreto-ley 11/2020 establece lo siguiente:

“En los supuestos en los que el cumplimiento del contrato resulte imposible de acuerdo con el apartado anterior, el empresario estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor o usuario, salvo gastos incurridos debidamente desglosados y facilitados al consumidor, en la misma forma en que se realizó el pago en un plazo máximo de 14 días, salvo aceptación expresa de condiciones distintas por parte del consumidor y usuario”.

La redacción del precepto conlleva a la confusión, ya que este parece indicar que el consumidor puede pedir la devolución del precio, en todo caso, cuando el empresario haya incumplido la obligación, pero esto no es así. En realidad, la devolución del precio solo se produce cuando previamente se ha resuelto el contrato, es decir, la devolución del precio es el efecto de la resolución. En este sentido, el artículo 36.2 se ocupa de los efectos de la resolución del contrato a la que se refiere el artículo 36.1. Por el contrario, si la causa que ha motivado la resolución del contrato no tiene relación alguna con las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma, este apartado 2 no entra en juego.

Pero si la causa de resolución es consecuencia de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma, el artículo 36.2 ha establecido una serie de reglas acerca de cómo deberá devolverse el precio y en qué forma, esto es: el empresario deberá devolverlo *“en la misma forma en que se realizó el pago”*, además, el precepto establece que el empresario deberá devolver el precio íntegramente *“salvo gastos incurridos debidamente desglosados y facilitados al consumidor, en la misma forma en que se realizó el pago en un plazo máximo de 14 días, salvo aceptación expresa de condiciones distintas por parte del consumidor y usuario”*. En relación con cuáles son esos gastos, la norma no aclara nada. Se me vienen a la cabeza los gastos que pudo soportar el empresario cuando el consumidor le abonó el precio, como, por ejemplo, comisiones de tarjeta. El documento que publicó el Ministerio de Consumo antes referido con fecha de 2 de abril de 2020, se refiere a estos como: *“los gastos originados por el reembolso, que deberán estar convenientemente desglosados y que, en ningún caso, podrán suponer una penalización para el usuario”*.

Por último, respecto al plazo de 14 días que la ley concede al empresario para devolver el precio, ésta no es más que otra medida perjudicial para el consumidor, ya que este último no solo se ve perjudicado por un plazo de 60 días para negociar, sino que, además de tener que

esperar pasados los 60 días, otros 14 días para resolver, el empresario no tendrá obligación de devolver el importe hasta pasados 14 días.

8.4 Conclusión

En conclusión, el artículo 36 del Real Decreto-ley de 11/20, lejos de ser beneficioso para el consumidor, establece un periodo forzoso de negociación de 60 días para que el mismo pueda optar por la resolución del contrato. Por lo tanto, respecto a si tiene derecho a la devolución inmediata del precio, la respuesta es no. El Sr. Peláez tendrá derecho a la devolución, si, pero no inmediata, ya que, conforme al precepto, se ve obligado a negociar durante 60 días y, una vez que finalizado el plazo, tendrá derecho a la devolución del precio en los 14 días siguientes. Por otro lado, respecto a la cuestión de si el hotel puede obligarle a negociar una devolución mediante un bono, la respuesta continúa siendo negativa. Si bien es cierto que el precepto establece la obligación de entablar negociaciones durante 60 días para llegar a un acuerdo conmutativo para ambos, el precepto faculta al consumidor a optar por la devolución del importe si así lo prefiere. En este sentido: *“A estos efectos, se entenderá que no cabe obtener propuesta de revisión cuando haya transcurrido un periodo de 60 días desde la imposible ejecución del contrato sin que haya acuerdo entre las partes sobre la propuesta de revisión”*, sin perjuicio de que el empresario le pueda ofrecer un bono como alternativa.

9. CUESTIÓN NOVENA

Esta cuestión parte del supuesto de que nuestro Cliente, el Sr. Peláez, contrató con la empresa Hertz el alquiler de un coche de la citada compañía para desplazarse por la Isla. Entre los términos pactados, se encuentra la penalización de comisiones por cancelación. Consecuencia del COVID-19 y en virtud de la Orden TMA/254/2020, de 18 de marzo, la oficina permanece cerrada, exceptuando los casos para cuyo uso tenga carácter profesional y para el caso de devolución de vehículos. Con el fin de resolver esta cuestión, seguiremos analizando el artículo 36 del Real Decreto-ley 11/2020 y analizaremos como alegando este precepto, las comisiones por cancelación que el Sr. Peláez había pactado se dejan sin efecto.

9.1 Penalización por comisiones de cancelación

El Tribunal Supremo ha definido la “fuerza mayor” como *“un hecho jurídico que dimana de la naturaleza, o de una persona que actúa imponiendo la fuerza o violencia para impedir el desarrollo natural de los acontecimientos”*. La fuerza mayor es tratada por la doctrina jurisprudencial como sujeto externo que, aunque hubiera sido previsto, sería inevitable o irresistible. Así las cosas, el Tribunal Supremo se pronunció el 13 de julio de 1999 acerca de lo siguiente *“(…) en efecto según doctrina jurisprudencial, la fuerza mayor como acontecimiento que aún cuando se hubiere previsto habría sido inevitable -sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1993- dado su carácter absoluto productor de un incumplimiento “legal” de las obligaciones, deviene como consecuencia de factores exteriores a la empresa –(rayos, huracanes, inundaciones) lo que se compadece mal con un evento tan previsible, para una sociedad (…)”*.

En este sentido, el artículo 1105 CC se refiere al caso fortuito y la fuerza mayor cuando afirma: *“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”*. Tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden en que los rasgos definitorios de esta figura son la imprevisibilidad y la inevitabilidad.

Por consiguiente, para que un evento pueda considerarse evento de fuerza mayor y tenga capacidad para exonerar de responsabilidad en las relaciones civiles, será necesario que se den simultáneamente las siguientes circunstancias: que la imposibilidad no pueda imputarse al actor al tratarse de un hecho que dimana de la naturaleza o de un tercer imponiendo fuerza o violencia; y que el hecho sea considerado como imprevisible e inevitable.

Recientemente, el Juzgado de lo Social de Teruel se ha pronunciado acerca de la valoración negativa del COVID-19 como supuesto de fuerza mayor, estableciendo lo siguiente: *“no estamos ante un supuesto de fuerza mayor ni riesgo catastrófico ya que el hecho de que la pandemia alcanzara a nuestro país, no era imprevisible y eran evitables muchas de sus consecuencias, y ello, al existir numerosos avisos y recomendaciones de la OMS, conocidas*

por el Ministerio de sanidad y también por la DGA (debido a la coordinación entre ambas Administraciones públicas y a través del Consejo Interterritorial.)”.

Sin embargo, ante la incertidumbre jurídica acerca de si el COVID-19 puede ser considerado suceso de fuerza mayor, el Real Decreto-ley 11/2020, con su artículo 36, nos permite cubrir todos los supuestos en los que un contrato no haya podido ejecutarse como consecuencia del COVID-19. En palabras textuales: *“como consecuencia de las medidas adoptadas por las autoridades competentes durante la vigencia del estado de alarma o durante las fases de desescalada o nueva normalidad”*. Esto es, lo importante no es que el COVID-19 sea considerado evento de fuerza mayor, sino que lo importante es que el motivo por el cual no se haya podido cumplir el contrato, tenga su causa en el COVID-19.

En este sentido, el Sr. Peláez tendrá derecho a cancelar el contrato sin penalización (aunque se habían pactado las mismas) ya que el establecimiento está cerrado, por lo que, aunque se habían pactado comisiones por cancelación, éstas no operan para el caso de que una autoridad competente haya decretado medidas que impidan disfrutar del servicio²², esto es, la Orden TMA/254/2020, de 18 de marzo, restringe la circulación en materia de transporte por carretera y aéreo. El artículo 2 de la respectiva Orden permite la apertura de establecimientos de arrendamiento sin conductor única y exclusivamente para el caso de que el conductor sea un profesional y destine su uso a los mismos efectos; y para el caso de devolución de los vehículos, no siendo este el caso concreto del Sr Peláez ya que este ni es profesional dentro del sector, ni su supuesto cabe dentro de la devolución del vehículo.

Una vez aclarada la cuestión sobre si el Sr. Peláez responderá por las comisiones de cancelación pactadas, el mismo tendrá derecho a resolver el contrato de alquiler de vehículo en virtud del artículo 36.1 del Real Decreto-ley 11/2020. Respecto del matiz de la cuestión planteada “obtener el reembolso pleno de lo pagado”, como previamente ya he mencionado, el Sr. Peláez tendrá derecho al reembolso una vez hayan transcurrido los 60 días de

²² Dirección General de Consumo “Informe sobre la aplicación del artículo 36.1 del Real Decreto-ley 11/2020 de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al covid-19”, *Ministerio de Consumo*, 7 de julio de 2020. Disponible en: <http://www.caib.es/sites/consumidor/f/324340>

negociación que la ley impone pero, su reembolso puede que se vea aminorado por los gastos que le supone al empresario devolver la cuantía previamente pagada por el servicio, si bien desglosados por el empresario al Sr. Peláez como muestra de transparencia y de que no se produce enriquecimiento injusto a favor del empresario, sino que actúa conforme los derechos que la ley le concede.

9.2 Conclusión

En conclusión, el Sr. Peláez, haciendo uso del artículo 36 del Real Decreto-ley 11/2020, podrá resolver el contrato sin penalización, con la compañía de alquiler de vehículos ya que, en virtud de la Orden TMA/242/2020, de 18 de marzo, la oficina permanece cerrada para todos los supuestos exceptuando los dos siguientes: ser profesional o devolver un vehículo, no siendo los supuestos de nuestro Cliente.

Por lo que, aunque el COVID-19 no esté siendo considerado supuesto de fuerza mayor, el motivo por el que el Sr. Peláez no puede disfrutar de los servicios tiene su fundamento en la Orden emitida por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.

Por lo tanto, en virtud del artículo 36 del Real Decreto-ley 11/2020, el Cliente podrá resolver el mismo, sin que le sea aplicada la penalización previamente pactada. En definitiva, ese es el principal objetivo del artículo 36 del Real Decreto-ley, poder cubrir todos los supuestos en los que un contrato no se haya podido ejecutar como consecuencia del COVID-19.

10. CUESTIÓN DÉCIMA

Dados los tiempos que nos ha tocado vivir a raíz de la pandemia provocada por el COVID-19, los contratos entre empresarios y consumidores que se han visto afectados, son incontables. Sin duda, la pandemia que nos ha sorprendido, requería adaptaciones por parte del legislador a fin de tener en cuenta las circunstancias que estamos viviendo. Sin embargo, estas modificaciones no pueden beneficiar a un sector en detrimento del otro, esto es, en detrimento de los consumidores. Soy fiel partidaria de que hay que ayudar a los empresarios, pues, como creadores de empleo que son, en momentos como estos, debemos estar a la altura como país y proporcionar las ayudas económicas que sean necesarias para que estos salgan

adelante y sigan creando empleo, o al menos, manteniéndolo. Pero, sin lugar a dudas, el artículo 36 del Real Decreto-ley 11/2020, no ha sido acertado ni en su aprobación ni en su redacción. En primer lugar, porque el precepto no ha tenido en cuenta al consumidor como figura de parte débil de la relación respecto del empresario, y, en segundo lugar, porque es contrario al Derecho de la Unión. En este sentido, merece la pena citar la Sentencia del TJCE, actualmente TJUE, Simmenthal de 9 de marzo de 1978 (asunto 106/77), la cual marca el precedente a partir del cual se constituyen los efectos del principio de primacía del derecho comunitario.

A mi parecer, la norma busca de manera exacerbada el mantenimiento de los contratos, aún perjudicando los derechos del consumidor, por lo que la denominación donde se encuentra ubicado el precepto “*Sección 3ª Medidas de protección de consumidores*”, me parece incongruente con lo que realmente ahonda el precepto. Pues bien, entre estas medidas, se encuentra el periodo forzoso de negociación de 60 días que establece el artículo 36 del RD Ley 11/2020. Este periodo no es, sino una extensión del plazo del derecho de resolución que el consumidor tiene para poder ejercitar la misma, cuando, además de ver frustrada la prestación que había contratado, él mismo tiene que negociar durante 60 días para llegar a un acuerdo conmutativo para ambos.²³

10.1 El principio constitucional pro consumatore

El artículo 51 de la Constitución Española de 1978 sienta las bases de toda la protección constitucional, legislativa y reglamentaria de los consumidores en nuestro país. El artículo 51 CE debe conectarse con el artículo 53.3 CE, que expresa que “*el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero, informará la*

²³ RIBON ABOGADOS, “Conflictos que se avecinan entre consumidores y empresarios por razón de una deficiente intervención legislativa. Análisis del art. 36 del RD 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”, 29 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.ribon.es/2020/04/29/conflictos-que-se-avecinan-entre-consumidores-y-empresarios-por-razon-de-una-deficiente-intervencion-legislativa-analisis-del-art-36-del-rd-11-2020-de-31-de-marzo-por-el-que-se-adoptan-medidas-urgen/>

legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen". Ello constata el reconocimiento expreso en el derecho español, con rango constitucional, del "principio general de defensa y protección de los consumidores y usuarios", con las consecuencias que a ellos otorga tal precepto, lo que implica que este principio *pro consumatore* deberá tenerse siempre presente en: a) la elaboración de la legislación positiva; b) la práctica judicial, y c) la actuación de todos los poderes públicos.²⁴

Pues bien, a mi parecer, el legislador no ha tenido en cuenta, todo lo que debería, este principio, al establecer un periodo de negociación tan amplio para que el consumidor pueda ejercitar su derecho a resolver, otorgando a este derecho carácter supletorio.

10.2 El artículo 36 del Real Decreto-ley 11/2020 y las discrepancias con el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios

Además, el artículo 36 del Real Decreto-ley 11/2020, lejos de ser una solución favorable para el consumidor, deja sin efecto lo dispuesto en los apartados siguientes del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en adelante, TRLGDCU:

- El artículo 21.1, pf 2º del TRLGDCU: *"La devolución del precio del producto habrá de ser total en el caso de falta de conformidad del producto con el contrato, en los términos previstos en el título V del libro II"*.
- El artículo 62.3 del TRLGDCU: *"3. En particular, en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado se prohíben las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a*

²⁴ Acedo Penco, A., "Fundamentos constitucionales de la protección jurídica de los consumidores en el ordenamiento español y en la Unión Europea", *Ius : revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, ISSN 1870-2147, N.º. 29, 2012 (Ejemplar dedicado a: Tendencias del Derecho civil y familiar en Hispanoamérica), págs. 7-29. DOI: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4044563>

poner fin al contrato. El consumidor y usuario podrá ejercer su derecho a poner fin al contrato 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, 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”.

- El artículo 66 bis 3 del TRLGDCU acerca de los casos de resolución por falta de entrega del bien, que establece lo siguiente: *“3. Cuando se haya resuelto el contrato, el empresario deberá proceder a reembolsar, sin ninguna demora indebida, todas las cantidades abonadas por el consumidor y usuario en virtud del mismo”.*
- El artículo 76 y 110 del TRLGDCU, al no establecer el artículo 36 penalidad por el incumplimiento del plazo. Diciendo así el artículo 76 del TRLGDCU: *“Cuando el consumidor y usuario haya ejercido el derecho de desistimiento, el empresario estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor y usuario sin retención de gastos. La devolución de estas sumas deberá efectuarse sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 14 días naturales desde la fecha en que haya sido informado de la decisión de desistimiento del contrato por el consumidor y usuario. Transcurrido dicho plazo sin que el consumidor y usuario haya recuperado la suma adeudada, tendrá derecho a reclamarla duplicada, sin perjuicio de que además se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hayan causado en lo que excedan de dicha cantidad. Corresponde al empresario la carga de la prueba sobre el cumplimiento del plazo”,* y el artículo 110: *“En caso de no ejecución del contrato por parte del empresario por no encontrarse disponible el bien o servicio contratado, el consumidor y usuario deberá ser informado de esta falta de disponibilidad y deberá poder recuperar sin ninguna demora indebida las sumas que haya abonado en virtud del mismo. En caso de retraso injustificado por parte del empresario respecto a la devolución de las sumas abonadas, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble del importe adeudado, sin*

perjuicio a su derecho de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad”.

- El artículo 160.2 del TRLGDCU: *“No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando concurren circunstancias inevitables y extraordinarias en el lugar de destino o en las inmediaciones que afecten de forma significativa a la ejecución del viaje combinado o al transporte de pasajeros al lugar de destino, el viajero tendrá derecho a resolver el contrato antes del inicio del mismo sin pagar ninguna penalización. En este caso, el viajero tendrá derecho al reembolso completo de cualquier pago realizado, pero no a una compensación adicional”.*
- Los artículos 10, 86.7 y 87.6 TRLGDCU al establecer los mismos el carácter irrenunciable de los derechos que la norma concede. En este sentido, el artículo 10 establece: *“La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil”*; el artículo 86.7 establece: *“La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario”* y el artículo 87.6: *“Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular: (...) 6. Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al empresario de la facultad de 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”.

- El plazo de prescripción para ejercitar la acción de resolución prevista en el artículo 1964 del CC y en el artículo 143 del TRLGDCU para la falta de conformidad en el producto.
- La Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 95/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Pues bien, el artículo 18.3 de la Directiva 2011/83/UE, establece *“Cuando se haya resuelto el contrato, el comerciante deberá reembolsar sin ninguna demora indebida todas las cantidades abonadas en virtud del mismo”.*
- Más recientemente, la Directiva 2019/771, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, derogó la Directiva 1999/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Esta última no contemplaba el precepto, de manera específica, relativa a la devolución íntegra del precio abonado. En cambio, la Directiva 2019/771/UE de 20 de mayo de 2019, en su artículo 16.3 prevé que *“el vendedor reembolsará al consumidor el precio pagado por los bienes”*, por lo que ese problema de la no especificación que albergaba la antigua Directiva, se ha eliminado o se eliminará, como máximo el 1 de julio de 2021, fecha límite para trasponer esta Directiva.

Aplicando las normas civiles, el Sr. Peláez tendría derecho, en virtud del artículo 1124 CC, a resolver el contrato en base al incumplimiento del empresario, permitiendo al perjudicado, optar por exigir el cumplimiento, aunque fuera tardío, en los casos en que fuese posible, o por resolver el contrato, con la consecuente restitución de contraprestaciones que también impone el artículo 1303 CC. Por otro lado, lo previsto en el artículo 36.2 del RD Ley 11/20, al establecer lo siguiente: *“el empresario estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor o usuario, salvo gastos incurridos debidamente desglosados y facilitados*

al consumidor”, se contraponen con los preceptos del TRLGDCU anteriormente mencionados, los cuales concedían al consumidor la facultad de poner fin al contrato sin ningún tipo de sanción, carga onerosa o desproporcionada, artículo 62.3 TRLGDCU; sin demora indebida, artículo 66 bis 3 TRLGDCU; sin retención de gastos, artículo 76 TRLGDCU o sin pagar ninguna penalización, artículo 160.2 TRLGDCU, entre otros.

10.3 Conclusión

En conclusión, podríamos afirmar que, en defecto de existencia del artículo 36.1 del Real Decreto-ley 11/2020, la única vía que hubiese existido para dar respuesta a todas estas cuestiones sería la aplicación del artículo 1124 CC dado que la prestación ya no tiene utilidad ni presente ni futura para él. Como consecuencia, el Sr. Peláez tendría derecho a recuperar todo lo pagado y sin intereses, ya que la fuerza mayor excluye la mora. Aunque los consumidores están sujetos por la buena fe al deber de aceptar por parte del empresario un sustitutivo que reúna la misma calidad en la utilidad que no se ha podido prestar, estos son los que tienen la última palabra sobre si aceptar lo que el empresario propone o no, no pudiendo ser vinculante ninguna propuesta del empresario.

11. CONCLUSIONES FINALES

Tras el desarrollo y resolución de cada una de las cuestiones planteadas por el Sr. Peláez en el marco del contrato de opción de compra, las conclusiones que se proponen al mismo se recogen a continuación:

En cuanto a la cuestión primera:

A pesar de que la promotora tuviese conocimiento de que la intención del Sr. Peláez era comprar las viviendas para ofrecérselas en régimen de alquiler a familias chinas, la falta de financiación como motivo para aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* por parte del Sr. Peláez, no es un presupuesto que hasta ahora los Tribunales hayan aceptado para aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*. La falta de financiación como consecuencia de la crisis económica no es

suficiente para exonerar al comprador de sus obligaciones, ya que la dificultad, ya sea mayor o menor que el cliente pudiera tener para obtener dicho capital, era cuestión razonablemente previsible. Para poder aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*, la alteración de las circunstancias debe ser imprevisible, lo que no acontece cuando la incertidumbre constituye la base de la relación contractual.

En relación con la cuestión segunda:

Ni la crisis económica, ni el consecuente descenso de los precios de la vivienda, facultan al Sr. Peláez a reducir el precio de la opción. Dentro de cada operación, hay un riesgo contractual asumible por el inversor, y este riesgo, es el que el Sr. Peláez debe asumir, ya que ese riesgo es consecuencia del negocio jurídico contractual. Es decir, el Sr. Peláez consintió en asumir el riesgo y ahora, no está, en ningún caso, facultado para trasladar ese riesgo a la promotora. Como antes he dicho, la alteración de las circunstancias es primordial para poder aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* pero la finalidad especulativa de la operación, elimina el carácter imprevisible de la alteración, más aún cuando el sujeto es considerado como sujeto inversor. El carácter profesional del mismo es otro factor que está en la base de la no aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, siendo la crisis financiera un suceso que ocurre en el círculo de las actividades empresariales.

Sobre la cuestión tercera:

La disposición adicional cuarta del Real Decreto 463/2020, decreta la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos durante el plazo de vigencia del estado de alarma. La promotora había concedido el plazo de opción de compra de dos (2) meses al Sr. Peláez, plazo que ha quedado suspendido en virtud del Real Decreto 463/2020. Pues bien, considerando el derecho de opción de compra un derecho sujeto a plazo de caducidad, el mismo se encuentra suspendido hasta que se decrete el alzamiento del estado de alarma. Teniendo en cuenta la fecha de 7 de marzo como comienzo del plazo y que el estado de alarma entró en vigor el 13 de marzo, el Sr. Peláez dispondrá de dos meses menos cinco días para ejercitar el derecho de opción de compra.

Respecto de la cuestión cuarta:

El Sr. Peláez no podrá pedir la resolución del contrato de opción de compra por los motivos que expondré a continuación: En primer lugar porque, aunque en el contrato de opción de compra haya intervenido el elemento de pagar una prima, las obligaciones siguen siendo unilaterales, no bilaterales y, por consiguiente, las mismas no serán resolubles implícitamente, ya que el artículo 1124 CC, párrafo primero, establece que “*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*” y, en este caso, las obligaciones que establece el contrato de opción de compra son unilaterales, no bilaterales, no siendo de aplicación, por consiguiente, el citado artículo. En segundo lugar, aclarar que el Sr. Peláez, no podrá alegar la cláusula *rebus sic stantibus* para resolver el contrato, ya que los efectos que provoca la misma son modificativos, no resolutorios.

En cuanto a la cuestión quinta:

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, establece en su artículo 7 la limitación a la libertad de circulación de las personas y las exenciones justificadas de este precepto. Pues bien, el 15 de marzo de 2020, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en coordinación con el Consejo General del Notariado, dictó la Instrucción de 15 de marzo de 2020 sobre la adopción de medidas que garanticen la adecuada prestación del servicio público notarial, mediante la cual se estableció que las oficinas notariales, al revestir carácter público, deberán mantenerse abiertas, siendo los Notarios los sujetos capacitados para apreciar la urgencia de la misma.

Pues bien, las alternativas que tendrá el Sr. Peláez para firmar la escritura de compraventa dependen precisamente de esto, de si aprecia o no la urgencia de la operación. Si el Notario aprecia carácter urgente en la operación, el Sr. Peláez podrá:

- a. Nombrar a un mandatario verbal (no siendo lo más adecuado ya que, como se especifica en el caso, el Sr. Peláez “no tiene a nadie de su confianza en Tenerife”).
- b. En base al artículo 7.g del Real Decreto 463/2020 acudir presencialmente ya que este artículo establece exención a la limitación de circulación por razón de fuerza mayor o situación de necesidad, lo cual se cumpliría si Notario caracteriza de urgente la operación ya que este es un fedatario público.

Por el contrario, si el Notario no aprecia carácter urgente en la operación:

- a. En virtud del Real Decreto 463/2020, los plazos han quedado suspendidos. Por lo tanto, el Sr. Peláez no habría incumplido y solo tendría que notificar por escrito a la promotora sobre su intención de ejercitar la opción.
- b. Videoconferencia o videollamada notarial

Como previamente he mencionado, en momentos excepcionales, debemos accionar de manera excepcional y, el documento público electrónico se sujeta a las mismas garantías y requisitos de todo documento público notarial, produciendo los mismos efectos cuando añade que el Notario dará fe de que *“a su juicio (...) el otorgamiento se adecua a la legalidad”*, artículo 17bis de la ley 24/2001, de 27 de diciembre.

En esta línea, el artículo 182 de la Ley de Sociedades de Capital, referido a las sociedades anónimas, permite la posibilidad de llevar a cabo las actas notariales de estas juntas de sociedades tanto de manera presencial como telemática. Más tarde, este derecho fue reconocido también a las sociedades de responsabilidad limitada a través de la DGRYN en 2018. En palabras de la propia directiva: *“(...) pues no ofrece menores garantías de autenticidad que la asistencia física; por el contrario, es un medio más de que disponen los socios para regular cuestiones no contrarias a normas imperativas o prohibitivas...”*.

El Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, en el artículo 40.7, establece que *“El notario que fuera requerido para que asista a una junta general de socios y levante acta de la reunión podrá utilizar medios de comunicación a distancia en tiempo real que garanticen*

adecuadamente el cumplimiento de la función notarial”. Pues bien, gracias a los artículos 3.1 y 4.1 CC, los cuales, hacen referencia al contexto social, artículo 3.1, y a la aplicación analógica de las normas, artículo 4.1, y a este último artículo mencionado, podemos afirmar que el Sr. Peláez podría realizar la firma de la escritura pública mediante medios electrónicos, siempre que el Notario sea capaz de identificar la identidad de los requirentes.

En relación con la cuestión sexta:

La doctrina jurisprudencial ha establecido los siguientes requisitos para que la cláusula *rebus sic stantibus* pueda aplicarse: alteración extraordinaria de las circunstancias, desequilibrio desproporcionado y exorbitante entre las prestaciones acordadas por las partes, y que el origen de los cambios resulte imprevisible. Pues bien, el cliente chino no podrá alegar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* ya que, en ese caso, el contrato devendría excesivamente oneroso para el Sr. Peláez dado que el Sr. Peláez no ha podido rebajar el precio del contrato de opción en base al criterio de que no puede alegar el requisito de imprevisibilidad dado que es un riesgo que asumía al ser su operación de carácter especulativo. Esto es, el cliente chino podría alegar la cláusula *rebus sic stantibus* si se diese el caso de que las circunstancias sobrevenidas hubiesen causado una excesiva onerosidad o se hubiese roto la equivalencia en las prestaciones, provocando una onerosidad excesiva a su persona, pero este no es el caso, ya que ni el Sr. Peláez ha podido beneficiarse de una disminución en su contrato de opción de compra ni se le han ofrecido alternativas distintas, por lo que previamente he comentado.

Sobre la cuestión séptima:

El Sr. Peláez tendrá derecho a resolver su contrato de transporte aéreo ya que, aunque el vuelo no haya sido cancelado y, por consiguiente, no haya incumplimiento por parte del empresario, el Sr. Peláez tiene derecho a la devolución íntegra del importe (salvo gastos incurridos por parte del empresario) del vuelo, ya que es un servicio contratado y no disfrutado.

A diferencia de las siguientes cuestiones, en este supuesto, no ha habido incumplimiento alguno por parte del empresario. En virtud de la Circular del Ministerio de Consumo emitida con fecha de 2 de abril de 2020, el Sr. Peláez tendrá derecho a rechazar el bono si no ha llegado a un acuerdo con la aerolínea una vez transcurran los 60 días que la circular emitida establece, es decir, en defecto de llegar a un acuerdo conmutativo para ambos, el Sr. Peláez tendrá derecho a la devolución del precio anticipado y a rechazar el bono de la compañía ya que el ofrecimiento de un bono sustitutivo del importe, no afecta al derecho de decisión del viajero a optar por el reembolso.

Respecto de la cuestión octava:

El Sr. Peláez no tendrá, como tal, derecho a la devolución inmediata del precio ya que el artículo 36 del Real Decreto-ley 11/2020 establece un periodo de negociación forzoso de 60 días previa facultad de resolver por parte del consumidor. Como consecuencia del derecho que le asiste al Sr. Peláez para resolver el contrato, tendrá derecho a la devolución, ya que la devolución es consecuencia de la resolución, pero esta no es la única, ya que el empresario puede ofrecer tanto un bono como alternativa al hotel o devolver el precio íntegro “salvo gastos incurridos”.

Respecto de la pregunta de si el hotel puede obligarle a negociar una posible devolución del precio mediante un bono, la respuesta es negativa, ya que, en virtud del artículo 36.1 del Real Decreto-ley 11/2020: *“Las propuestas de revisión podrán abarcar, entre otras, el ofrecimiento de bonos o vales sustitutorios al reembolso. A estos efectos, se entenderá que no cabe obtener propuesta de revisión cuando haya transcurrido un periodo de 60 días desde la imposible ejecución del contrato sin que haya acuerdo entre las partes sobre la propuesta de revisión”*. Es decir, el artículo faculta al consumidor a elegir entre bono o importe íntegro salvo los gastos que el empresario haya incurrido en la operación, eso sí, si el empresario devuelve el importe, los gastos incurridos por el empresario deberán aparecer debidamente desglosados a modo de que el consumidor pueda ver cuáles son aquellos.

En cuanto a la cuestión novena:

Este supuesto presenta un incumplimiento por parte del empresario ya que, aunque la oficina permanece abierta, solo permanece para los supuestos contemplados por la Orden TMA/242/2020, de 18 de marzo, los cuales son: que el uso del vehículo sea realizado por un profesional del ámbito de transportes de mercancías y en caso de devolución del vehículo, no siendo ninguno de los dos supuestos el caso de mi cliente, el Sr. Peláez.

Respondiendo a la cuestión, el Sr. Peláez si podrá resolver su contrato de alquiler de vehículo y, como consecuencia, obtener el reembolso de lo pagado, pero puede que no pleno, ya que el empresario tiene derecho a devolver el importe íntegro salvo gastos debidamente incurridos, los cuales tendrán que ser desglosados al Sr. Peláez a fin de que el mismo conozca cuáles son los gastos a los que el empresario se refiere.

En relación con la cuestión décima:

La solución al caso, en defecto del artículo 36.1 del Real Decreto-ley 11/2020, hubiese sido la aplicación del artículo 1124 CC, con el cual, el Sr. Peláez tendría derecho a recuperar todo lo pagado y sin intereses, ya que la fuerza mayor excluye la mora.

El artículo 36 del Real Decreto-ley 11/2020, deja sin efecto lo dispuesto en los artículos anteriormente mencionados del TRLGDCU, los cuales eran claramente mucho más favorables al consumidor que lo que permite el artículo 36 del Real Decreto-ley 11/2020. Estos artículos facultaban al consumidor a recibir el precio íntegro, sin ningún tipo de sanción, sin ninguna retención, sin retraso. En cambio, el legislador decidió introducir este artículo con el fin de encontrar un equilibrio entre consumidores, usuarios y empresarios ante esta situación. No siendo nada acertada la introducción del artículo, desde mi punto de vista, ya que parece que el legislador olvidó que la parte débil de la relación son los consumidores y usuarios.

12. BIBLIOGRAFÍA

ACEDO PENCO, A., “Fundamentos constitucionales de la protección jurídica de los consumidores en el ordenamiento español y en la Unión Europea”, *Ius : revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, ISSN 1870-2147, N°. 29, 2012 (Ejemplar dedicado a: Tendencias del Derecho civil y familiar en Hispanoamérica).

ALBIÑANA CILVETI, I, “La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula rebus sic stantibus y su aplicación a las operaciones inmobiliarias”, 2018.

CARRASCO PERERA, S. Derecho de contratos, 2ª ed. Revisada y actualizada, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

DÍEZ PICAZO, L., “La cláusula rebus sic stantibus”, Ensayos jurídicos, tomo II, Thomson Reuters Civitas, 2011.

ESPÍN ALBA, I, “Cláusula rebus sic stantibus e interpretación de los contratos: ¿y si viene otra crisis?”, Reus, 2020.

FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., “La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales y la doctrina rebus sic stantibus. Génesis y evolución de un principio jurídico”; *Persona y Derecho*, vol. 74, 2016.

JUÁREZ TORREJÓN, A., “Autonomía de la voluntad, derecho dispositivo, y distribución del riesgo contractual”, *Derecho de Contratos: Nuevos Escenarios y Nuevas Perspectivas* (dirs. C. Hornero Méndez, M. Espejo Lerdo de Tejada y F. Oliva Blázquez), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

LEONSEGUI GUILLOT, R.A., “*El contrato de opción como contrato atípico de tracto único: examen jurisprudencial de la aplicabilidad de la resolución por el cambio o alteración de las circunstancias*”, *Revista de Derecho UNED*, NÚM. 10, 2012.

MALDONADO RAMOS, Y, JUANES PECES, A., “*Código civil: comentado con jurisprudencia sistematizada y concordancias*”, Ediciones Francis Lefebvre, 2019.

MARÍN LÓPEZ, M.J., “Efectos del COVID-19 en los contratos con consumidores: el artículo 36 del RD-Ley 11/2020”, *Centro de Estudios de Consumo*, 11 de abril de 2020.

PAZOS CASTRO, R., “*La posible exoneración del deudor de sus obligaciones contractuales como consecuencia de la crisis económica. Comentario a las SSTs de 17 y 18 de enero de 2013*”, *Dereito*, vol. 22, núm. 1, 2013, pp. 139-160.

RIBON ABOGADOS, “Conflictos que se avecinan entre consumidores y empresarios por razón de una deficiente intervención legislativa. Análisis del art. 36 del RD 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”, 29 de abril de 2020.

SEDA HERMOSÍN, M.A., “El control de legalidad por el notario”, 22 de junio de 2017.

YZQUIERDO TOSLADA, M., “Cláusula “rebus sic stantibus” en la compraventa de inmuebles y crisis económica: Comentario de las sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 18 de enero de 2013 (1013/2013 y 679/2013)”, *Comentarios a las sentencias de unificación de la doctrina: civil y mercantil* (coord. M. Yzquierdo Tolsada), vol. 6, 2016 (2013-2014), pp. 83-94.

ANEXOS

ANEXO DE LEGISLACIÓN

- **Legislación Estatal y Autonómica**

Constitución Española:

Constitución española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre, de 1978). Recuperado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Decreto/Real Decreto/Real Decreto-ley:

Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19. Recuperado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3580

Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Recuperado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3824

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. Recuperado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4208>

Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Recuperado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-5895>

Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944. Recuperado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-1810>

Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de situación de crisis sanitaria por el COVID-19. Recuperado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-3692>

Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Recuperado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1989-30361>

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. Recuperado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>

Orden:

Orden TMA/254/2020, de 18 de marzo, por la que se dictan instrucciones en materia de transporte por carretera y aéreo. Recuperado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3863>

Circular, resolución, instrucción, orden de servicio:

Consejo General del Notariado, “La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública dicta una Instrucción sobre la prestación del servicio público notarial”, 15 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.notariado.org/portal/documents/176535/264697/La+DG+de+Seguridad+Jur%C3%ADdica+y+Fe+P%C3%BAblica+dicta+una+Instrucci%C3%B3n+sobre+el+servicio+notarial.pdf/8561ff34-a2dc-b58f-6f09-3a02ce871307?t=1584304394378>

Abogacía General del Estado y Dirección del Servicio Jurídico del Estado. “Consulta sobre la forma en la que habrá de procederse en el momento que pierda vigencia la suspensión de los plazos previstos por el RD 463/2020. Interpretación de la disposición adicional tercera”,

Ministerio de Justicia, 20 de marzo de 2020 Disponible en:
http://www.icpm.es/downNews/3262_Informe%20AE.pdf

Secretaría General de Consumo. “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://www.covb.cat/pdf/2020/coronavirus/2020-04%20-02-derechos-consumidores-covid-19.pdf>

Secretaría General de Consumo y Juego. “Derechos de consumidores y usuarios ante la situación provocada por el Coronavirus (COVID-19)”, *Ministerio de Consumo*, 21 de mayo de 2020. Disponible en:
https://www.consumoresponde.es/sites/default/files/noticias/200521_COVID19_Nota_derechos_consumidores_ministerio_consumo.pdf#overlay-context=actualidad/noticias/aviso-consumo-cancelaciones-vuelos-viajes-eventos-coronavirus-covid-19

Dirección General de Consumo “Informe sobre la aplicación del artículo 36.1 del Real Decreto-ley 11/2020 de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al covid-19”, *Ministerio de Consumo*, 7 de julio de 2020. Disponible en:
<http://www.caib.es/sites/consumidor/f/324340>

- **Legislación Comunitaria**

Directiva

Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la

Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Recuperado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2011-82312>

Directiva 2019/771, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE. Recuperado en: <https://www.boe.es/doue/2019/136/L00028-00050.pdf>

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

TJUE, Simmenthal de 9 de marzo de 1978 (asunto 106/77)

TRIBUNAL SUPREMO (CIVIL)

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1940

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1945

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1957

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1959

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1984

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1985

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 1986

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1990

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1991

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1992

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1992

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1993

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1994

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1995

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1996

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1996
Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1997
Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1997
Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1998
Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1997
Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1997
Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1997
Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2000
Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2000
Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2000
Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2007
Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2007
Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009
Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2012
Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012
Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2012
Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2013
Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2013
Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2013
Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2013
Sentencia del Tribunal Supremo de 30 junio de 2014
Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2014
Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2014
Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2015
Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2015
Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2017
Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2017
Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2017
Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2017
Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2017
Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2019

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 julio de 2019

Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de 2020

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 10 de diciembre de 2012

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 17 de diciembre de 2012

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 28 de octubre de 2013

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 30 de diciembre de 2013

Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 28 de diciembre de 2015

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de febrero de 2016

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de 25 de febrero de 2016

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de marzo de 2016

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 2 de junio de 2016

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 15 de junio de 2016

Sentencia de la Audiencia provincial de Madrid de 29 de julio de 2016

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 6 de septiembre de 2016

Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 13 de septiembre de 2016

Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 13 de diciembre de 2016

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 13 de marzo de 2019