

MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA ABOGACÍA



TRABAJO FIN DE MÁSTER

**INFORME JURÍDICO: LA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS Y DERECHO
INMOBILIARIO PRIVADO**

Autora: María del Mar Lemm López-Baviera

Tutora: Carmen Temprano

Curso académico: 2019-2020

ÍNDICE

Se ha sometido a la consideración de este Despacho las consultas legales que se expone a continuación:

- (i) Análisis legal y jurisprudencial sobre la viabilidad de una posible reducción del precio de la opción de compra acordado en el contrato de opción de compra suscrito el día 7 de marzo de 2020 entre el Sr. Peláez y la promotora.
- (ii) Análisis legal y jurisprudencial sobre la viabilidad de una posible reducción del ejercicio de la opción de compra suscrito el día 7 de marzo de 2020 entre el Sr. Peláez y la promotora.
- (iii) Análisis legal y jurisprudencial sobre la viabilidad de una extensión del plazo del derecho de opción de compra mencionado en los puntos anteriores.
- (iv) Análisis legal y jurisprudencial sobre la facultad del Sr. Peláez de resolver el contrato de opción de compra mencionado.
- (v) Análisis legal y jurisprudencial sobre las alternativas que ostenta el Sr. Peláez por la incomparecencia a la firma de la escritura pública de compraventa en la Notaría acordada el 7 de mayo de 2020.
- (vi) Análisis legal y jurisprudencial sobre la viabilidad de invocar la cláusula *Rebus Sic Stantibus* con el fin de rebajar en un 30% el precio del contrato de arrendamiento suscrito entre el Sr. Peláez y su cliente chino.
- (vii) Análisis legal y jurisprudencial sobre la facultad del Sr. Peláez de resolver su contrato de transporte aéreo, y la devolución anticipada del precio.
- (viii) Análisis legal y jurisprudencial sobre la viabilidad a obtener la devolución inmediata del precio anticipada de la reserva realizada por el Sr. Peláez.
- (ix) Análisis legal y jurisprudencial sobre la facultad del Sr. Peláez a resolver su contrato de alquiler de vehículo y a obtener el posterior reembolso.
- (x) Análisis legal sobre la solución aplicable a las tres cuestiones anteriores aplicando las normas civiles ordinarias, en ausencia del artículo 36.1 del Real Decreto-Ley 11/2020.

1. CONTENIDO

2.	ABREVIATURAS	4
3.	INTRODUCCIÓN AL CASO PRÁCTICO.....	5
4.	CUESTIÓN PRELIMINAR: CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS	6
5.	PRIMERA CUESTIÓN: ESTUDIO DE LA POSIBILIDAD DE REDUCIR EL PRECIO DE OPCIÓN DE COMPRA	10
5.1	ANÁLISIS AL SUPUESTO EN CONCRETO:	16
6.	SEGUNDA CUESTIÓN: ESTUDIO DE LA POSIBILIDAD DE REDUCIR EL PRECIO DE EJERCICIO DE LA OPCIÓN	18
6.1.	ANÁLISIS AL SUPUESTO EN CONCRETO:.....	22
7.	TERCERA CUESTIÓN: EXTENSIÓN DEL PLAZO EJERCICIO DE OPCIÓN	23
7.1	ÁNÁLISIS AL SUPUESTO EN CONCRETO.....	25
8.	CUARTA CUESTIÓN: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE OPCIÓN.....	25
8.1	ANÁLISIS AL SUPUESTO EN CONCRETO	30
9.	QUINTA CUESTIÓN: FIRMA DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRAVENTA EN UNA NOTARÍA	30
9.1	ANÁLISIS AL SUPUESTO EN CONCRETO:	37
10.	SEXTA CUESTIÓN: INVOCACIÓN DE LA REBUS SIC STANTIBUS EN UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LARGO PLAZO	38
10.1	ANALISIS AL SUPUESTO EN CONCRETO:	48
11.	SÉPTIMA CUESTIÓN: RESOLUCIÓN DE UN CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO Y REEMBOLSO DE LOS BILLETES DE AVIÓN	49
12.	OCTAVA CUESTIÓN: REEMBOLSO RESERVA DE UN HOTEL.....	56
13.	NOVENA CUESTIÓN: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ALQUILER DE UN VEHÍCULO ..	59
14.	DÉCIMA CUESTIÓN: SITUACIÓN EN AUSENCIA DEL RD-L 11/2020, DE 31 DE MARZO.	61
15.	BIBLIOGRAFÍA.....	64

2. ABREVIATURAS

1. STS	Sentencia del Tribunal Supremo
2. TS	Tribunal Supremo
3. CC	Código Civil
4. Art.	Artículo
5. RSS	Rebus Sic Stantibus
6. JP	Jurisprudencia
7. RH	Reglamento Hipotecario
8. LH	Ley Hipotecaria
9. JP	Jurisprudencia
10. RDL	Real Decreto-Ley

3. INTRODUCCIÓN AL CASO PRÁCTICO

Antes de realizar un estudio de cada una de las cuestiones planteadas por nuestro cliente, procederé a introducir brevemente el supuesto de hecho que se nos plantea.

Nuestro cliente, D. Antonio Peláez, decide iniciar un negocio mediante la adquisición de diez viviendas para posteriormente ofrecerlas a unos clientes chinos en régimen de alquiler a largo plazo (10 años). De modo que, una vez iniciada la comercialización de dichas viviendas ubicadas en Tenerife, la promotora llamada “El Ladrillo del Paraíso, S.L.” le concede el 7 de marzo de 2020 un derecho de opción de compra durante un plazo de dos meses, fijando el día 7 de mayo de 2020 la firma de la escritura pública de compraventa en la notaría de Tenerife.

El precio por adquirir la opción de compra sobre las viviendas asciende a 1 millón de euros, mientras que el precio del ejercicio de dicha opción es de 10 millones de euros adicionales.

De modo que, a vista de las buenas operaciones llevadas a cabo y de la viabilidad de cada una de ellas, mi cliente accedió a comprar unos vuelos el 6 de abril a Palma de Mallorca y reservó en un hotel de la isla desde el 6 hasta el 19 de abril. No obstante, el 14 de marzo de 2020 se decretó el estado de alarma, a causa de la pandemia mundial del COVID-19, prohibiendo la realización de viajes excepto por causas justificadas.

Todo ello desata una serie de consecuencias en el mercado inmobiliario, entre las más destacables, encontramos la caída de los precios de las viviendas de la zona hasta en un 30%. Ante la presente situación, la promotora no da opción a mi cliente, ni a revisar el precio ni a resolver el contrato en cuestión, obligando al Sr. Peláez a comparecer en la notaría ubicada en Tenerife el 7 de mayo de 2020.

Ante el estallido de toda la situación que se presenta, uno de los clientes chinos con los que ha firmado invoca la cláusula *rebus sic stantibus*, para solicitar una rebaja del precio en un 30%.

4. CUESTIÓN PRELIMINAR: CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS

Con carácter previo al análisis de cada una de las consultas planteadas, consideramos necesario realizar un estudio de la cláusula *rebus sic stantibus*, puesto que dada la situación imprevisible provocada por el Covid-19, resulta conveniente exponer esta figura que ha sido perfilada por nuestra doctrina jurisprudencial para concluir si, de acuerdo a las circunstancias concurrentes en el presente caso, podría ser de aplicación.

En nuestro ordenamiento jurídico, la cláusula “*rebus sic stantibus*” podría entenderse como una excepción al principio que hoy en día se conoce como “*pacta sunt servanda*”. Dicho principio podría considerarse como uno de los pilares básicos en materia de derecho contractual, pues el mismo obliga a las partes contratantes a que cumplan con sus respectivas obligaciones, dejando a las mismas sin margen de actuación y sin excusa ni pretexto válido. Su finalidad primordial es preservar el equilibrio de las prestaciones de las partes en un contrato.

Asimismo, en este contexto, el Código Civil prevé distintos tipos de sanciones en diferentes preceptos, uno de los más conocidos es el recogido en los artículos 1091 y 1278 CC, en el cual se hace referencia al hecho de que los contratos son obligatorios, y las obligaciones derivadas del mismo tienen fuerza de ley entre las partes contratantes.

No obstante, con el paso del tiempo, la doctrina ha discutido en numerosas ocasiones si realmente cabría la posibilidad de modificar o revisar ciertas cláusulas que pudieran resultar dañosas para alguna de las partes por ser excesivamente onerosas debido a la alteración o cambios sobrevenidos e imprevisibles no imputables a las partes y que, en el momento de celebración del contrato no se hubieran previsto. Realmente, este supuesto suele presentarse para los contratos de larga duración, con mayor precisión doctrinal en los contratos denominados de “tracto sucesivo”; es decir, aquellos cuyas prestaciones no se agotan en un solo acto, sino que tienen una ejecución prolongada en el tiempo (los contratos de arrendamiento de larga duración, los contratos de suministro...).

Pues bien, en relación a la posibilidad de modificar algunas de las cláusulas contenidas en el contrato, se han formulado varias teorías al respecto, entre ellas podemos destacar

las siguientes: la cláusula *rebus sic stantibus*, la teoría de la base del negocio y la teoría del riesgo imprevisible.

En este informe nos ocuparemos con más profundidad en la primera de ellas. Dicha figura es una construcción puramente doctrinal que tradicionalmente la jurisprudencia ha ido admitiendo, con mucha cautela, en casos muy específicos y con una serie de requisitos muy tasados. De modo que, nos permite concluir que la aplicación de esta cláusula no se produce jamás de forma automática, ya que será obligatorio analizar caso por caso cuales son las circunstancias que habrán llevado a aplicar la regla.

La singularidad de dicha regla es clara: supone una modificación de las obligaciones inicialmente asumidas por las partes. La figura, trata un mecanismo de restablecimiento del equilibrio de las prestaciones, cuando por circunstancias sobrevenidas y totalmente fuera del poder de actuación de las partes, a una de ellas le resulta absolutamente imposible o gravoso el cumplimiento de tal obligación.

Las dos primeras sentencias en recoger las características y requisitos de la rebus, son de 17 de mayo de 1957 y 6 de junio de 1959, cada una de ellas precisa de manera muy detallada que dicha regla se trata de una regla puramente doctrinal, como anteriormente he indicado, y que, al tratarse de una creación doctrinal, no está legalmente reconocida.

Pues bien, como se ha ido mencionando previamente, la aplicación de la RSS es muy restrictiva y deben darse unos requisitos para su aplicación al caso concreto. Tales requisitos se recogen por completo en las SSTs, 19 de abril de 1985, 9 de mayo de 1983 y 27 de junio de 1984. Dichas sentencias vienen a completar los ya nombrados por las dos primeras sentencias del 57 y 59 y perfilan los contornos de la RSS exigiendo para su aplicación la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. Que se trate de contratos de tracto sucesivo o larga duración (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2020, RJ 2020,879). La posibilidad de aplicarse a contratos de corta duración no es aceptada, teniendo en cuenta “*que difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato*”.

2. Que se haya producido una alteración extraordinaria de las circunstancias al momento de cumplir el contrato, con relación a las concurrentes al tiempo de su alteración.
3. Que se haya producido una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones (excesiva onerosidad). Esta es la principal diferencia con la fuerza mayor, puesto que la posible liberación del deudor no queda informada por la fuerza mayor, sino por el contexto económico y negocial en el que se incide (STS de 30 de junio de 2014, RJ 2014, 3526).
4. Que el desequilibrio producido, haya sido consecuencia de una circunstancia completamente imprevisible¹ y sobrevenida. El requisito de imprevisibilidad, determina hasta dónde alcanza el riesgo normal del contrato, y el mismo podría considerarse relativamente delicado, en tanto y en cuanto puede variar dependiendo del contrato celebrado y las circunstancias que lo rodean.

Tal y como establece la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2002 (RJ 2002, 4041), la imposibilidad sobrevenida debe ser objeto de una interpretación restrictiva y casuística, en el bien entendido de que no cabe confundir dificultad con imposibilidad.

5. Que se carezca de otro medio para subsanar el desequilibrio patrimonial producido entre las partes (STS 27 de junio de 1984 (RJ 1984, 3428); 19 de abril de 1985 (RJ1985, 1805) ...).
6. Que el riesgo no sea inherente a la actividad empresarial. En relación con la imprevisibilidad e inevitabilidad (fuerza mayor prevista en el artículo 1.105 del Código Civil), nuestra jurisprudencia ha excluido tradicionalmente la aplicación

¹ STS 11 diciembre de 2014, 742/2014, y dos de 19 de diciembre de 2014, SSTS 741/2014 y 743/2014: *En las tres se pretendía la resolución de compraventa de viviendas por incumplimiento del vendedor por retraso en la entrega. El motivo era dificultades de financiación para concluir la obra por motivo de la crisis. Y en las tres, se afirma que la falta de financiación no puede considerarse imprevisible.*

de la regla *rebus sic stantibus* (y de la fuerza mayor) cuando el riesgo es inherente a la actividad empresarial. En este sentido, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 11 diciembre (RJ 2014\6374) desestimó la existencia de fuerza mayor derivada de la crisis económica porque consideró que la crisis, en el caso analizado, era un riesgo previsible para el empresario.

7. Que exista compatibilidad entre su aplicación y las consecuencias de la buena fe que impone el Código Civil.

En lo que a los efectos de la *rebus* se refiere, cabe destacar la rigurosidad en la concurrencia de los requisitos exigidos para apreciar la regla *rebus sic stantibus* hizo que la misma apenas tuviera virtualidad práctica hasta que se produjo la grave crisis económica en los años 2008 y ss., especialmente a partir de que el Tribunal Supremo dictara dos sentencias de fechas 30 de junio y 15 de octubre de 2014 (RJ 2014,3526 y RJ 2014,6129) que flexibilizan la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*, revolucionando de este modo los principios informadores del ordenamiento contractual español.

Así, tras las sentencias mencionadas, el principio *pacta sunt servanda* está siendo superado por principios de eficacia contractual. Esta nueva visión de la regla *rebus sic stantibus* puede dar lugar a la modificación o, incluso, a la resolución del contrato sin indemnización², aunque se haya pactado una cláusula penal.

Pues bien, tras una breve presentación de lo que se entiende por la RSS y cuál es su origen y evolución jurisprudencial, vamos a continuar el análisis del tal instrumento con todas las cuestiones planteadas por nuestro cliente, para poder profundizar más detalladamente en lo que realmente nos ocupa y ver en qué ocasiones parecidas a las que se está viviendo a día de hoy, se ha aplicado. Como hemos ido explicando, se trata de una figura de creación completamente doctrinal, y es por ello que la misma precisa de un análisis muy detallado y cauteloso, dependiendo del caso planteado y de las circunstancias que lo caracterizan y rodean.

² Si bien las escasas sentencias que han aplicado esta cláusula han acordado procedente la modificación del contrato.

5. **PRIMERA CUESTIÓN: ESTUDIO DE LA POSIBILIDAD DE REDUCIR EL PRECIO DE OPCIÓN DE COMPRA**

Hay que tener en cuenta que el contrato de opción de compra, es una figura que se ha configurado por la doctrina al carecer de regulación expresa en nuestro Código Civil. En la mayoría de casos, el contrato de opción de compra se utiliza por el promotor o inversor cuando quiere asegurar la adquisición del inmueble sin necesidad de realizar un gran esfuerzo financiero, minimizando de este modo los riesgos de inversión mientras se da curso a otras cuestiones que pueden afectar a la inversión, como puede ser la reordenación urbanística, las licencias o la viabilidad comercial o financiera de la operación.

De modo que, al carecer de regulación legislativa, es la doctrina jurisprudencial la que define el contrato de opción, pudiendo citar, entre otras, la **STS de 4 de abril de 1987**:

“El contrato de opción debe concebirse como aquel convenio por virtud del cual, una parte concede a la otra la facultad en exclusiva de decidir sobre la celebración o no de otro contrato principal, que habrá de realizarse en un plazo cierto, y en unas determinadas condiciones, pudiendo también ir acompañado del pago de una prima por parte del optante, y constituyendo, por tanto, sus elementos principales, referidos a la opción de compra: la concesión al optante de la decisión unilateral respecto a la realización de la compra, el señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición, y la determinación del plazo para el ejercicio de la opción, siendo por el contrario elemento accesorio el pago de una prima; elementos todos y cada uno de ellos concurrentes en el convenio aquí estudiado”.

De dicha definición hay una serie de aspectos que merecen especial atención en lo que a esta figura se refiere. Anteriormente hemos hecho mención a la ausencia de regulación legislativa de la misma, aunque el mismo se ha admitido al amparo del principio de libertad de pactos consagrado en el artículo 1255³ del Código Civil. Asimismo, no cabe olvidar el art. 14 del RH que considera “inscribible el contrato de opción de compra” si se dan las condiciones que estipula. Mayoritariamente, la doctrina lo configura como un

³ Artículo 1255 Código Civil: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.”

derecho personal (no real), pues no otorga un poder directo sobre la cosa, sino sólo la facultad de exigir del concedente un comportamiento determinado respecto a la misma.

Asimismo, en relación, con la perfección de dicho contrato, la Sentencia del TS (Sala 1ª), de fecha 3 de abril de 2006, entre otras, dispone lo siguiente: “[...] 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 [...]”. Es decir, el optante tiene la facultad de ejercer la opción dentro del plazo concedido. Si éste ejerce la misma, el contrato de compraventa queda perfeccionado.

Todo ello nos hace entrever que se trata de un contrato atípico y, que, a pesar de la gran carencia regulatoria legislativa, es un instrumento que ha sido estudiado y tratado continuamente por la Jurisprudencia y la doctrina en numerosas ocasiones a lo largo de los años.

Por lo tanto, con el fin de simplificar la definición anteriormente mencionada por la **STS de 4 de abril de 1987**, las principales notas que se deben tener en cuenta con el contrato de opción de compra son las siguientes: se trata de un contrato consensual, preparatorio del de compraventa, que a su vez puede ser unilateral o bilateral (dependiente de si existe prima o no) y sujeto a un plazo de caducidad⁴. Hay que tener en cuenta el hecho de que, si no se establece un plazo para ejercer la opción de compra, el mismo deja de existir (TS, Sala Civil Sentencias de 2 de julio de 2008 y 14 de febrero de 2013), dado que si eso sucediera se estaría dejando al concedente a merced del optante.

Otro de los aspectos indispensables, a los que anteriormente he hecho una breve alusión, es la inscripción de la opción de compra en el Registro de la Propiedad. Cuando se lleva a cabo dicha inscripción lo que se pretende es proteger al optante y al adquirente de buena fe del inmueble objeto del contrato, en el caso de que alguna contingencia no prevista en el mismo pudiera surgir. Los requisitos para poder llevar a cabo la inscripción del contrato son: que haya un convenio expreso de las partes; el precio estipulado para la compraventa,

⁴ Tribunal Supremo, 21 de diciembre de 2016: Dentro del plazo de caducidad debe producirse no sólo la comunicación del optante, sino también la recepción de la comunicación por el concedente.

y en su caso, el que se hubiera convenido para conceder la opción; y el plazo para el ejercicio de la misma (sin que pueda exceder de cuatro años).

Pues bien, una vez situados dentro del campo de estudio que nos ocupa y una vez delimitado qué es lo que se entiende por el contrato de opción de compra, y los aspectos más esenciales del mismo, se procederá a analizar la posibilidad de otorgar a mi cliente el derecho de reducir el precio de la opción, teniendo en cuenta que ha surgido un cambio significativo en las circunstancias que las partes tuvieron en cuenta en el momento de suscribir el contrato de opción de compra.

Actualmente, son muchos los contratos que se han visto abocados en una situación que quizás no se habrían nunca planteado como consecuencia de la actual crisis sanitaria provocada por la COVID-19. No obstante, nuestra sociedad ya vivió en el 2008 una crisis económica que tuvo que replantearse la reestructuración y modificación de muchos contratos que iban encaminados al fracaso y al incumplimiento. Con ello quiero decir que, la RSS fue ya objeto de valoración por los Tribunales para su aplicación en las operaciones inmobiliarias, a pesar de su gran complejidad y delicadeza.

Tal y como anteriormente hemos detallado, la reconfiguración de la doctrina se puede ver reflejada principalmente en dos SSTs: 30 de junio de 2014 y 15 de octubre de 2014, ambas fueron un gran punto de inflexión para la reapertura del debate en cuanto a lo que la excepcionalidad o flexibilidad se refiere, o, mejor dicho, en relación con el concepto de imprevisibilidad.

A día de hoy, se puede fácilmente visibilizar la carencia de disposiciones legislativas a nivel general sobre la revisión o resolución del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias, pero no por ello se ha dejado de introducir nuevas regulaciones que flexibilicen lo que conocemos hoy en día como el principio “*pacta sunt servanda*”, con el fin de superar las injusticias que pudieran derivarse de su exacto cumplimiento para una de las partes⁵.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2017 (RJ 2017, 3962), la citada sentencia hace referencia a normas en el ámbito de la protección del consumidor, y mas especialmente a la protección de los deudores más vulnerables económicamente y socialmente (...).

Continuando en este contexto, sabemos que el contrato de opción de compra se caracteriza por ser éste un contrato de tracto único sujeto a un plazo concreto determinado por las partes contratantes, dentro del cual se puede ejercitar. De modo que, para poder realmente saber si cabría la posibilidad de reducir el precio de la opción, habría que analizar si realmente se dan una serie de aspectos que sí que permitirían dicha reducción. Al carecer de regulación específica al respecto, ya que se trata como anteriormente he ido explicando, de una figura casi atípica y de creación doctrinal, es necesario comparar situaciones que hayan ocurrido en las mismas condiciones a las actuales, y además estudiar una serie de aspectos jurídicos, como puede ser la excesiva onerosidad para el deudor de llevar adelante la operación con las mismas condiciones pactadas antes de que se declarara el Estado de Alarma.

Si bien es cierto, que a día de hoy son muchas las sentencias están en contra de la modificación de ciertas cláusulas de los contratos de larga duración, pues consideran que las partes saben que están dispuestas a asumir e internalizar plenamente el riesgo del futuro que a cada uno concierne. También hay una gran parte de la doctrina que defiende el reajuste de este tipo de contratos en que la parte perjudicada por el cambio de circunstancias podrá exigir el reequilibrio de las prestaciones hasta el punto en que el contrato resulte beneficioso para ambas y para el fin en que éstas contrataron⁶.

Consideramos indispensable que, para poder hablar de una posible reducción del precio, no hay que dejar de lado lo que se conoce como la ruptura de la equivalencia de las prestaciones o **excesiva onerosidad**. La constatación del cambio de circunstancias tiene que ser relevante o significativa respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado. En la mayoría de casos, este hecho se produce cuando la excesiva onerosidad operada por dicho cambio resulta determinante tanto para la frustración de la finalidad económica del contrato, como cuando representa una alteración significativa o ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones.

En este contexto, y continuando dentro de la fundamentación objetiva y de tipicidad contractual, podría decirse que la base económica del contrato, como razón primordial y

⁶ The Death of Contract (Grant GILMORE, 1974): “*La tendencia supone que las faltas de previsión de una de las partes, sus errores de apreciación sobre el curso futuro de los acontecimientos, puedan justificar el incumplimiento o el ajuste posterior de sus obligaciones contractuales*”

fundamental del cambio permite que en el tratamiento de la relación de equivalencia sea tenida en cuenta la actividad económica. Además, cabe destacar que, en los contratos de larga duración, el lapso del tiempo que lo define no es un obstáculo para apreciar el posible carácter imprevisible del cambio de circunstancias. Es decir, dicho cambio puede haber operado con independencia del tiempo de duración del contrato, sea este más o menos amplio.

En nuestro ordenamiento jurídico, la regla a la que anteriormente se ha hecho alusión referida a lo que conocemos como *pacta sunt servanda* no puede considerarse absoluta en ninguno de los casos, ya que ello no supone un obstáculo para admitir la trascendencia que pueda derivarse de una alteración sobrevenida de las circunstancias que formaron inicialmente el contrato y que como consecuencia pueda determinar una modificación de la relación contractual establecida entre las partes.

En consonancia con ello, consideramos fundamental la necesidad de tipificar que aspectos de la crisis económica deben ser tomados en consideración a efectos de la posible aplicación de la RSS, dado que el mero hecho de que al tratarse de una crisis económica se pueda pensar que tiene cabida directa la aplicación de la RSS, en la práctica no sucede así, y su aplicación como se ha venido exponiendo, es muy cautelosa y restrictiva. Conforme a la jurisprudencia tradicional, las crisis económicas no han sido consideradas como sucesos imprevisibles.

La nota de la imprevisibilidad es un tanto confusa en tanto y en cuanto, depende, entre otros aspectos de las condiciones personales de los contratantes, ya que lo que puede ser imprevisible para un no profesional puede no serlo para un profesional⁷. La imprevisibilidad equivale a la imposibilidad de representarse razonablemente, según un criterio de lógica común, el acontecimiento como evento verificable entre la celebración del contrato y su ejecución. La cuestión es si, además a la circunstancia imprevisible se debe añadir la nota de aquello que se conoce como “extraordinario”, es decir, un acontecimiento extraño al curso de los acontecimientos, lo que no se repite con frecuencia o regularidad. En este sentido, el CC⁸ cita algunos ejemplos de casos extraordinarios y

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2004, RJ 2004, 2673.

⁸ Artículo 1575 del Código Civil: *Entiéndese por casos fortuitos extraordinarios: el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro igualmente desacostumbrado, y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever.*

los describe como los no racionalmente previsibles por los contratantes. Normalmente, se suelen exigir tanto la imprevisibilidad como el carácter de extraordinario de manera cumulativa.

En consonancia con ello, hay una gran cantidad de sentencias que tratan la aplicación de la Rebus dependiendo del caso que se enjuicia. El Tribunal Supremo es muy restrictivo, y por ello realiza un estudio muy profundizado atendiendo a la situación en cuestión. Destacamos las siguientes sentencias⁹ en las que se recoge la doctrina tradicional y en las que se rechazó la aplicación de la RSS por la imposibilidad sobrevenida porque la alusión a la crisis financiera y a la imposibilidad de obtener financiación para la compra de determinado inmueble no puede aceptarse *“ya que la crisis se podía vislumbrar a la firma del contrato, [...] siendo [el deudor] además profesional del sector”*. Otra de las sentencias también acoge el argumento de una de las partes en litigio, que sostiene que la demandante no puede invocar la aplicación de la cláusula RSS por *“haberse celebrado los negocios entre compañías mercantiles perfectamente conocedoras del mercado de distribución de carburantes y, por tanto, de los riesgos que a cada una asignaban los contratos en los que se materializaron los anteriores acuerdos”*.

Otra de ellas considera que la “transformación económica del país” y la mejora del mercado inmobiliario producidas en el devenir de un contrato de arrendamiento de larga duración no son circunstancias imprevisibles que pueden justificar la aplicación de la RSS ni, por tanto, justificar la petición del arrendador de aumento de la renta pactada contractualmente y actualizada cada año conforme a los índices del precio de consumo.

Todas ellas hacen referencia a supuestos en los que, atendiendo a las características concretas del caso, resulta casi imposible la invocación de la RSS, sin perjuicio de que otras situaciones que quizás puedan tener una relación similar a ellas pueda resultar aplicable la misma.

El transcurso del tiempo en contratos de tan prolongada duración como son los de arrendamiento, y la transformación económica de un país, producida, entre otros motivos, por dicho devenir no puede servir de fundamento para el cumplimiento de los requisitos requeridos por la jurisprudencia para llegar a la existencia de un desequilibrio

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 octubre de 2017 (RJ 2017, 4871); Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2017 (RJ 2017, 227)

desproporcionado entre las prestaciones fundado en circunstancias imprevisibles, pues las circunstancias referidas no pueden tener tal calificación. No obstante, especial mención requiere las cláusulas de actualización de renta¹⁰, cuya finalidad es evitar los desequilibrios desproporcionados derivados de la duración de los contratos de arrendamiento en general.

En relación con dichas cláusulas de actualización, lo más lógico sería la inclusión de las mismas en los contratos de larga duración. Ya que, la ausencia de éstas podría plantear el hecho de que las partes están dispuestas a internalizar plenamente el riesgo del futuro que a cada uno concierne. Si las partes aceptan comprometerse de ese modo y no introducen ese tipo de cláusulas, es porque están dispuestas a asumir esos riesgos, a cambio de alguna ventaja.

En este sentido, algunos sectores de la doctrina mantienen que la nueva tendencia judicial abre las puertas a reclamaciones de reajuste de contratos de larga duración en que la parte perjudicada por las circunstancias adversas podrá exigir el reequilibrio de las prestaciones hasta el punto en que el contrato resulte provechoso.

5.1 ANÁLISIS DEL SUPUESTO EN CONCRETO:

Una vez expuestas todas las líneas jurisprudenciales y doctrinales existentes, pasamos a resumir lo más relevante para nuestro caso en concreto. En nuestro supuesto, nuestro cliente desea conocer la posibilidad de una posible reducción del precio de la opción, este caso, el precio que pagó por adquirir la opción de compra sobre las 10 viviendas unifamiliares fue de 1 millón de euros. Realmente, si atendemos a las circunstancias concretas de este caso, resulta difícil la solicitud de una reducción de lo que inicialmente se pactó para posteriormente poder ejercitar dicho contrato de opción de compra. Ambas partes, fijaron una cantidad previa a lo que iba a ser el contrato final, pero en ningún caso se fijó una cláusula en la que se especificara que en el caso que ocurriera un cambio significativo en las circunstancias esa cantidad pudiera verse reducida.

Como regla general, las primas son una forma de asegurar la operación, y, en el caso de que finalmente la opción llega a formalizarse, la misma pasa a ser de la parte de la vendedora, como parte de pago del precio pactado. No obstante, si la operación

¹⁰ La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 integra normas de actualización de renta.

finalmente no llega a cerrarse, dicha cantidad puede verse pérdida automáticamente en detrimento del optante.

En este sentido, la prima o lo que también se conoce como señal de la opción, opera como una especie de elemento compensador por la pérdida en un lapso de tiempo relativamente incierto pero corto, del poder dispositivo sobre la cosa que sufre el concedente de la opción, es decir, el vendedor.

Debemos diferenciar entre la cantidad fijada para la opción de compra y la cantidad fijada para el ejercicio del contrato de opción de compra, puesto que, aunque ambas están indirectamente conectadas, en el caso de que sí que se lleve a cabo la operación y pueda formalizarse correctamente, la prima siempre se suma a la cantidad final pactada por las partes contratantes.

A la vista de lo anteriormente expuesto y tal como desarrollaremos en el siguiente apartado, la facultad de reducir el precio de la opción fijado por ambas partes en 1 millón de euros, a pesar de que haya habido un cambio significativo de las circunstancias, presenta dificultades, en tanto y en cuanto, es una cantidad fijada previamente por las partes independientemente de la buena o mala transición de la operación. Con ello queremos decir, que, en el caso de que en la operación finalmente (como es este caso) hayan podido suceder circunstancias que ninguna de las partes hubiera podido prever, es una cantidad que, al representar una simple señal, la única función de la misma, es indemnizar a la parte vendedora en el caso de que la operación no se lleve a cabo.

6. SEGUNDA CUESTIÓN: ESTUDIO DE LA POSIBILIDAD DE REDUCIR EL PRECIO DE EJERCICIO DE LA OPCIÓN

La crisis del coronavirus ha acelerado la caída de precios en el mercado inmobiliario en la gran mayoría de países. Se preveía que los precios de la vivienda se debilitaran en toda Europa, y Reino Unido, especialmente en aquellos países que dependen directamente del turismo. Asimismo, no cabe duda que la crisis socio-sanitaria también ha terminado por afectar a los ingresos de los hogares, entre ellos, podemos encontrar a los más jóvenes y los trabajadores procedentes de los sectores de la hostelería, turismo y comercio.

Anteriormente hemos expuesto a grandes rasgos que es lo que se entiende por el contrato de opción de compra, así como los aspectos esenciales que la caracterizan y que hacen que sea posible o no analizar la posibilidad de aplicar ciertos instrumentos como la RSS. Ciertamente, sabemos que se trata de un contrato atípico, dada sus peculiaridades como contrato.

Una de las Sentencias más destacables es la del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1995, al definir en su fundamento tercero la opción de compra como: *«consiste en conceder al optante, 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 consumado y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa, ya que basta para la perfección de la compraventa con el optante, que se le haya comunicado la voluntad de ejercitar su derecho de opción»*.

Dada la naturaleza del contrato de opción de compra, su resultado depende exclusivamente del optante, en tanto y en cuanto el mismo quedará perfecta en virtud del ejercicio por el último de su derecho de opción. Nada puede hacer el optante o concedente para frustrar la efectividad de la opción, ya que la capacidad exigible para celebrar este contrato es la que se necesita para otorgar el contrato de compraventa y lo mismo ocurre con el poder de disposición. Normalmente, el concedente ha prestado ya su consentimiento y no se precisa que lo vuelva a prestar¹¹.

¹¹ (TS 1.ª S 14 Nov.2000. Ponente: Sr. Corbal Fernández)

En relación con la declaración de voluntad del optante, es el art 3113-10 PAPDC (Propuesta de Código Civil relativa a los Libros Quinto y Sexto elaborada por la Asociación de profesores de Derecho Civil español de 2016)¹² el que hace referencia al mismo. Por lo tanto, para el ejercicio del mismo, una simple notificación sería suficiente, sin que fuera necesario requerir el pago del precio.

El apartado tercero del artículo 3113-10 PAPDC afirma que: “*Se considera ejercido tempestivamente el derecho de opción cuando el optante emite la correspondiente declaración de voluntad antes de que transcurra el plazo de caducidad del derecho, aunque la misma llegue al concedente fuera de plazo sin culpa del optante*”.

Asimismo, la jurisprudencia, especialmente la STS 1ª de 14 de febrero de 1997, ha reconocido reiteradamente el carácter unilateral del acto del ejercicio del derecho de opción de compra, que no requiere la aceptación de la parte que lo concedió, pero sí el cumplimiento de los requisitos legales y pactados. El primero de ellos trata la puesta en conocimiento del concedente de la aceptación del optante dentro del plazo concedido para el ejercicio del derecho anteriormente citado.

En la misma línea, dicha notificación viene acompañada además de otros requisitos que son de obligado cumplimiento por parte del optante, entre ellos, los más importantes son los siguientes: el primero de ellos, como acabamos de mencionar, hace referencia al destinatario de la misma, es decir, al ser una declaración de voluntad recepticia¹³, la misma debe ir dirigida al concedente de la opción en la que se manifieste su decisión de celebrar el contrato de compraventa; la segunda de ellas simplemente nos informa que la notificación es suficiente que se realice de forma fehaciente, excluyendo así la vía notarial y trámites más formalizados; es necesario que se practique en el domicilio o en la dirección de correo electrónico fijada en el título constitutivo; y en último lugar y, para mí, el más importante, es el plazo. Con ello quiero decir, que la misma debe ejercitarse

¹² El derecho de opción se ejerce mediante declaración de voluntad unilateral recepticia dentro del plazo de duración del mismo.

¹³ Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1995 (RJ\1995\3546) y de 4 de diciembre de 1997 (RJ\1997\8723): la JP exige que el ejercicio de la opción se realice mediante la declaración de voluntad de carácter recepticia por parte del optante. Ello quiere decir, que no sólo debe emitirse en el plazo acordado, sino que debe llegar y ser conocido por el destinatario en dicho plazo.

dentro del plazo pactado entre las partes, sin perjuicio de que, como más adelante se explicará, se pueda establecer una prórroga o extensión al mismo.

En cuanto a los efectos del mismo, estos pueden variar dependiendo de la postura que se adopte respecto a la naturaleza de la opción. En relación con la primera, podría decirse que el ejercicio de la opción conllevaría a la conclusión del contrato definitivo, mientras que, en la segunda, el ejercicio supondría la puesta en vigor del contrato cuya eficacia quedaría condicionada a la exigibilidad de las recíprocas prestaciones.

El contrato de opción genera efectos puramente obligacionales. Con ello queremos decir, que, al tratarse de una opción de compra, el optante estará obligado a satisfacer el precio y el concedente a entregar el bien en cuestión. A priori, el mero ejercicio del contrato de opción de compra no produce por sí solo la transmisión de la posesión a título de dueño. De este modo lo fundamenta, la STS (1ª) 18 julio 2006 (RJ 2006\4949) declarando como a continuación se detalla: «[...] *el contrato se perfeccionó por el ejercicio de la opción, y desde entonces nacieron las obligaciones propias de su naturaleza (entrega de la cosa y pago del precio), en otras palabras, se abrió la fase de consumación. Pero la cosa vendida no se entregó al optante, no se transmitió la posesión a título dominical al mismo, pues no se otorgó escritura pública (art. 1462), y el que la tuviera en su poder como arrendatario no lo transforma automáticamente en poseedor a título de dueño*».¹⁴

Actualmente, en relación con el contrato de opción, la jurisprudencia y doctrina¹⁵ afirman conjuntamente la dificultad que resulta aplicar a los contratos de opción la cláusula *rebus*, por las especiales características que dicho contrato presenta. Generalmente, como iremos viendo a lo largo del informe, la RSS tiene su primordial campo de aplicación en los contratos de tracto sucesivo o en contratos de ejecución diferida, es decir aquellos contratos caracterizados por prestaciones continuadas a cambio de contraprestaciones periódicas durante un periodo dilatado de tiempo. Sin embargo, el contrato que analizamos es un contrato de tracto único por el que una de las partes concede a otra la facultad exclusiva de decidir la celebración o no de otro contrato que habrá de realizar en

¹⁴ En este mismo sentido se manifiesta la STS (1ª) 3 febrero 2020 (RJ 2020\319), con cita de la RDGRN 22 enero 2013 (RJ 2013/8422).

¹⁵ Análisis de la posición doctrinal y jurisprudencial de la cuestión en Rosa Adela Leonseguí Guillot: “*En torno a la posible aplicación a los contratos de opción de la cláusula rebus sic stantibus*”.

un plazo cierto y en unas determinadas condiciones. Como anteriormente hemos explicado, el ejercicio tempestivo y correcto de la opción, dentro del plazo pactado, consume y extingue el contrato de opción y es en ese preciso instante cuando el mismo se perfecciona, sin que el concedente de la opción pueda hacer nada para frustrar su efectividad. Tradicionalmente la jurisprudencia, como son las sentencias del año 2014, 30 de junio y 15 de octubre, las cuales abogan por una configuración más normalizada de la RSS, dan a entender que quedaría excluida la posibilidad de aplicar la cláusula RSS a las obligaciones unilaterales, como sería el caso de la opción.

En relación con la imprevisibilidad y el carácter extraordinario de las circunstancias sobrevenidas, con el paso del tiempo el conjunto de las sentencias del TS que han ido construyendo la doctrina de la RSS, han exigido que dichos calificativos sean interpretados en términos que singularicen el supuesto contractual concreto de que se trate y que permita diferenciarlo de los demás en el tráfico jurídico.

El carácter imprevisible que puede determinar la aplicación de la cláusula, la SRS de 15 de marzo de 1971 ha señalado que: *“(...) el evento que las partes pudieron evitar estableciendo convencionalmente los remedios oportunos en los contratos de tracto sucesivo (...), tales como la revisión periódica del contrato, o cláusulas de estabilización y pago en especie para garantizar al acreedor de la prestación pecuniaria que la cantidad a recibir no resultaría afectada por la disminución del poder adquisitivo de la moneda, no pueden integrar alteración extraordinaria imprevista e imprevisible”*.

De la citada sentencia puede deducirse claramente que es prácticamente imposible que se aplique la RSS cuando las partes hayan previsto algún mecanismo de modificación del valor de las prestaciones, como pueden ser las cláusulas de variación del precio. De modo que, es precisamente el requisito de la imprevisibilidad el que imposibilita que se aplique la RSS.

El derecho de opción proporciona a su titular una situación de libertad contractual dentro de los estrictos términos de una alternativa y posteriormente ubica al concedente en una situación de incertidumbre. De aquí puede extraerse la dificultad de acreditar en forma racionalmente contundente y decisiva, como exige la STS de 6 de noviembre de 1992 de que: *“todo acontezca por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles”*.

A modo de ilustración otra sentencia que merece especial atención es la del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1993. La misma se refiere a un supuesto de opción de compra en la que el mismo Tribunal finalmente niega la aplicabilidad de la cláusula RSS, al no darse los presupuestos necesarios para aplicar la misma. Sin extenderme mucho sobre el objeto de la sentencia en cuestión, simplemente se rechaza su aplicación al contrato de opción por entenderla contraria a la voluntad de las partes, que conocían perfectamente el objeto contractual y no quisieron hacer variable el precio, asumiendo cierta alea o riesgo en cuanto al objeto de los bienes.

En definitiva, lo que parece defender con ello el Tribunal Supremo es que el contrato de opción es una figura que se caracteriza por el reparto de riesgos que la misma implica. Si una vez formalizado el mismo, posteriormente sobrevienen determinadas circunstancias adversas, ello es un riesgo que el contrato en sí debería haber contemplado. Desde el momento en que las partes en el contrato pretenden obtener una ganancia deben asumir el riesgo de que el cumplimiento devenga excesivamente oneroso.

6.1. ANÁLISIS DEL SUPUESTO EN CONCRETO:

Como consecuencia de todo lo expuesto, podemos concluir afirmando que resulta altamente improbable la aplicación de la cláusula RSS en los contratos de opción. Dado el carácter temporal de los mismos, por definición, entrañan una cierta asunción de riesgos y además tienen un componente de predeterminación (plazo y precio) y un componente de variabilidad o aleatoriedad.

Tras el estudio y análisis del conjunto de sentencias del Tribunal Supremo que hemos ido citando entendemos que, dada la peculiaridad del contrato, aplicar una cláusula como la RSS que además ni siquiera está legislada, supondría un peligro para el principio de la seguridad jurídica contractual (*pacta sunt servanda*), el mantenimiento del orden jurídico y la eficacia de la voluntad manifestada. Hay que tener presente que, en caso de conflicto entre el principio de la estabilidad del contrato y el principio de la equidad, siempre es este último el que debe primar.

7. TERCERA CUESTIÓN: EXTENSIÓN DEL PLAZO EJERCICIO DE OPCIÓN

El contrato de opción de compra reviste de carácter temporal, ya que normalmente se exige que el optante ejerza su derecho en un plazo (requisito exigido por el art. 14 del RH) y tiempo predeterminado. Si el comprador no lo ejerce en el plazo correspondiente, el mismo puede resultar extemporáneo y sin validez. De modo que, normalmente el vendedor se compromete durante ese plazo a mantener su ofrecimiento de venta, en el cual el optante puede ejercitar el derecho de compra del inmueble en cuestión.

Normalmente, transcurrido el plazo pactado sin ejercitar la opción, o cuando no se ejercita de forma correcta conforme a lo determinado en la operación, dicho derecho de opción puede caducar, dado que el plazo de ejercicio del derecho de opción de compra está sujeto a un plazo de caducidad¹⁶.

Por plazo de caducidad hay que interpretar que, una vez que el derecho no se ha ejercitado en el plazo correspondiente o fijado convencionalmente por las partes, el contrato y el derecho de opción se extinguen automáticamente, sin que sea posible la devolución de la prima pactada (aunque se hubiera aplicado como parte del precio).

No obstante, no cabe olvidar, que, una vez expirado el plazo estipulado por las partes contratantes, los efectos de la caducidad se producen de conformidad con la regulación de la caducidad legal.

En efecto, dado que es posible que las partes fijen la duración del plazo, también se otorga a las mismas el derecho de prorrogarlo mediante un nuevo convenio. A modo de ilustración, en una resolución vinculante de dirección general de Tributos V2463-08, de 22 de diciembre de 2008 trata un caso en el que se prorroga el plazo de una opción de compra por tres años más en el supuesto en el que unas operaciones de recalificación de uso de fincas objeto de la opción de compra no se hubiesen llevado a cabo en el plazo de los primeros cuatro años.

A modo comparativo, el contrato de arrendamiento puede prorrogarse legal, tácita o expresamente, mientras que como anteriormente he hecho referencia, el contrato de

¹⁶ La STS de 5 de junio de 2003 cita lo siguiente: «*si se ejercita la opción de compra, aparece la compraventa: pero ésta no nace si, al no ejercitar la acción en el plazo previsto, queda caducada*»; la STS de 22 de septiembre de 2009 expresa literalmente que: «*transcurrido el referido plazo, la opción queda extinguida y el comprador pierde su derecho*».

compra caducará necesariamente en caso de prórroga táctica o legal del arrendamiento. Generalmente, la opción requiere de convenio expreso para poder ser prorrogada, ya que no se prevé conforme al artículo 14 del Reglamento Hipotecario una extensión de la misma tácitamente, como es en el caso de los arrendamientos.

No obstante, en la Resolución de 30 de septiembre de 1987 de la Dirección General de los Registros y del Notariado analiza la presente problemática a efectos doctrinales. La misma admite la posibilidad de prorrogar el asiento de inscripción de la opción de compra. Dicha resolución hace referencia al art. 400 del CC y lo aplica por analogía afirmando que la finalidad de tal limitación consiste fundamentalmente al hecho de que el bien esté indefinidamente gravado y a no limitar excesivamente la libre circulación del bien.

Del mismo modo se proclama en relación con el pacto de indivisión, el cual se prohíbe su duración superior a diez años, admitiéndose sucesivas prorrogas, de manera que pueda estar sucesivamente gravado por distintos actos enlazados.

Pues bien, continuando de lleno en lo que nos ocupa, el referido art 14 del RH al que continuamente nos estamos refiriendo, señala la duración máxima que en el momento de su nacimiento las partes pueden estipular para el derecho de opción. Lo único es que, no cabe deducir de dicha limitación, un obstáculo jurídico para que pueda ser modificado posteriormente y con idénticas condiciones, pero, durante un periodo superior al inicialmente establecido o pactado, a través de sucesivas renovaciones.

En efecto, como anteriormente he explicado el Reglamento Hipotecario fija una duración máxima, sin perjuicio de que la misma pueda verse ampliada o modificada, mediante una nueva renovación o una prórroga (si el plazo prorrogado no excediera de los cuatro años estipulados en el art. 14).

Por último, y no por ello menos importante, la Resolución de la DGRN de 30 de septiembre de 1997 expone que, como consecuencia directa y lógica de lo expuesto en los párrafos anteriores, en ningún caso la extensión del derecho de opción solicitada por el comprador, se rebase o no el plazo legislativo previsto (cuatro años), podrá hacerse valer contra terceros de buena fe que hayan registrado sus respectivos derechos con anterioridad a la consignación registral de aquella modificación ejercitada por el optante.

De modo que, el ejercicio del derecho de opción en el periodo ampliado deja a salvo los derechos adquiridos e inscritos entre la constitución originaria de la opción y su prórroga.

7.1 ANÁLISIS AL SUPUESTO EN CONCRETO

A modo de síntesis, entendemos que no debería existir ningún obstáculo para que la opción pueda ser modificada posteriormente si las partes así lo acuerdan, de modo que la misma subsista en favor del optante o comprador, y con las condiciones inicialmente pactadas por ambas partes contratantes, pero durante un periodo superior por las renovaciones que las mismas deseen aplicar a dicho contrato.

Normalmente, en el caso de prorrogarse la opción inicial, mediante este segundo contrato el optante se obliga a entregar una prima dineraria adicional en los términos pactados. Si finalmente, en el supuesto de que no se ejercitarse la opción, el concedente se compromete a restituir al optante la prima entregada al amparo de este segundo contrato.

8. CUARTA CUESTIÓN: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE OPCIÓN

Tradicionalmente, en materia contractual, la doctrina del TS se basa en el principio de conservación de los contratos y de los vínculos jurídicos vigentes. Todo ello en base al justo equilibrio de las prestaciones, dado que la misma permite garantizar la igualdad de las partes contratantes y las obligaciones que a cada uno le corresponden en base al mismo. De modo que, la mayoría de las doctrinas defienden la tesis de que, el retraso en el cumplimiento de una obligación contractual, no constituye un incumplimiento como tal (grave o esencial) y consiguientemente no permite a la parte cumplidora a proceder a la resolución del contrato en cuestión.

Conviene citar el artículo 1124 del Código Civil, y los requisitos exigidos por el mismo relacionados con la acción resolutoria. El incumplimiento de las obligaciones recíprocas faculta a la contraparte para ejercitar la acción resolutoria, derecho que el Código Civil reconoce a cualquier parte que se haya obligado a cumplir lo que le incumbe conforme al contrato formalizado con su contraparte, y que ésta última haya incumplido su compromiso.

El citado artículo del referido texto legal dispone que: *“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. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo”.

Los requisitos del mismo son:

- La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo concertaron: es un presupuesto esencial si queremos aplicar el artículo 1124. Pues sólo mientras está en vigor el contrato formalizado entre las partes cabe el derecho de opción que el precepto ofrece a una de las partes. (TS, Sala Primera, de lo Civil, de 4 de enero de 1992)
- La reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad: es necesario que la obligación de cada una de las partes haya sido querida como equivalente de la otra.
- El incumplimiento de forma grave de las obligaciones correspondientes a la parte demandada: aquello que frustra la finalidad del negocio jurídico suscrito entre las partes es el incumplimiento resolutorio. Dicho incumplimiento debe ser fruto de una obligación esencial y ha de tener tal entidad que frustre las legítimas aspiraciones de la parte que sí que cumplió con su obligación.
- Por último, es esencial que aquel que ejerce la acción no haya incumplido con las obligaciones que le concernían, a no ser que la misma se hubiera producido como consecuencia del incumplimiento anterior de la contraparte. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 5.ª, de 8-07-2010 (SP/SENT/527367), declara que, para instar la resolución por incumplimiento, la parte que la solicita debe haber cumplido sus obligaciones.

De conformidad con el artículo 1.964 del Código Civil, la acción resolutoria prescribe en un plazo de quince años, plazo que comienza cuando se produce el incumplimiento¹⁷.

¹⁷ La sentencia de la AP Madrid, Sec. 8.ª, de 30-07-2010 (SP/SENT/521488). Se debe tener en cuenta que dicho plazo quincenal se ha reducido a 5 años tras la reciente reforma del art. 1964 CC operada por la Ley 42/2015, siendo de aplicación el nuevo plazo a partir del 7 de octubre de 2015.

Nuestro ordenamiento jurídico, más concretamente, la legislación civil, no contiene ninguna norma en la que se permita proceder a la resolución del contrato por una “alteración sobrevenida de las circunstancias de contrato”. Pero, ello no quiere decir que no existan creaciones jurisprudenciales o doctrinales que hagan, de manera directa o indirecta, referencia al mismo, con lo que conocemos con la cláusula RSS. Anteriormente, de modo preliminar, he procedido a explicar que es lo que se entiende como la RSS, así como lo restrictivos que han sido los tribunales para proceder a la aplicación de la misma en los contratos.

Pues bien, esta cláusula, de aplicación excepcional, prevé la posible resolución contractual debido a circunstancias sobrevenidas y excepcionales¹⁸ que puedan afectar y modificar sustancialmente la base del contrato, ocasionando un grave cambio de las condiciones inicialmente pactadas por las partes.

Como se ha venido comentando a lo largo de cada una de las cuestiones planteadas, el TS mantiene unos criterios muy tasados y restrictivos para la aplicación de la RSS, puesto que siempre se ha dado una especie de prioridad a la adaptación o modificación de las condiciones contractuales afectadas por las alteraciones sobrevenidas, antes que proceder directamente a la resolución del mismo.

Pues bien, para la resolución del contrato, la JP ha concretado una serie de requisitos que se deben de reunir conjuntamente, entre ellos, destacamos los siguientes: alteración extraordinaria de las circunstancias que motivaron a las partes la celebración del contrato o negocio jurídico; que se dé una desproporción de una gran dimensión y que sea capaz de afectar el justo equilibrio de las prestaciones; que todo lo anterior se haya debido a unas causas sobrevenidas y completamente imprevisibles. Y, finalmente, la subsanación del desequilibrio contractual acontecido por las partes contratantes sea inviable.

De modo que, si finalmente, dichos requisitos se dan de manera cumulativa, y las circunstancias conducen a un resultado continuo de pérdidas o, mejor dicho, a la

¹⁸ STS 17 de enero de 2013, en relación con la Rebus, determina que la misma trata de paliar los efectos de un cambio sustancial en las circunstancias “*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*”.

desaparición de cualquier tipo de beneficio para las partes, las mismas podrían requerir la resolución contractual¹⁹.

Resulta interesante hacer referencia a una STS²⁰ la cual determinó que: *“la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados ande recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias”*. Tal afirmación deja entrever la posibilidad de la aplicación cautelosa de la RSS y la posterior resolución del contrato, dado que, de lo que se está hablando es de una situación actual, grave y completamente imprevisible para las partes, causante de una desproporción económica entre las mismas.

En consonancia con la sentencia anteriormente citada, la STS²¹ ha considerado: *«ejercitable la facultad de resolución cuando existe un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable impide el cumplimiento [...] y por eso es extravagante el recurso a la cláusula ‘rebus sic stantibus’, si hay una frustración total del fin del contrato»*, y continua su fundamento explicando que *«la imposibilidad de la prestación no sólo puede ser física o legal, sino económica, como cuando no produce ningún beneficio al que ha de recibirla, o cuando, como ocurre en el caso litigioso, es totalmente ruinosa para él recibirla. Existe entonces una frustración del fin del contrato, que impide jurídicamente su mantenimiento y faculta para resolverlo»*.

Actualmente, al igual que sucedió con las crisis económicas de otros tiempos, como la del 2008, y de conformidad con los criterios adoptados por el Tribunal Supremo, resulta indudable que, conforme a la situación de estado de alarma en los que se encuentran involucrado muchos contratos, los mismos podrían solicitar la resolución o modificación de un contrato por el COVID-19.

Otras sentencias²² de gran relevancia, especialmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 (RJ 2010, 2661), afirmaba que *«el influjo de circunstancias sobrevenidas en la vida del contrato no ha dejado de ser considerado por la jurisprudencia de esta Sala, aparte de su aceptación de la doctrina de la cláusula rebus*

¹⁹Dándose estos requisitos, estaríamos ante la resolución o modificación de un contrato por el COVID-19.

²⁰Sentencia de 15 de octubre de 2014

²¹Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1994 (RJ 1994, 3216)

²² Sentencias de 22 de octubre de 1985 (RJ 1985, 4963), 3 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 5953), 9 de diciembre de 1983 (RJ 1983, 6925), 27 de octubre de 1986 (RJ 1986, 5960).

sic stantibus». La misma viene a decir que cuando es completamente imposible llevar a cabo el cumplimiento del contrato, hay que analizar si dicha imposibilidad viene dada en el momento de la formación del contrato (se procedería a la nulidad contractual²³), o, si por lo contrario, efectivamente se trata de una imposibilidad sobrevenida (con posterioridad a la perfección del contrato), en cuyo caso se procedería a la resolución contractual. Sin perjuicio de que, la resolución del mismo conlleve a una ponderación respecto de la compensación derivada por la resolución anticipada del mismo.

En este contexto, me resulta interesante realizar una referencia a un tipo de cláusula que en los últimos tiempos ha resultado ser muy práctica para los contratos que pueden verse afectados por cambios adversos relevantes. Este tipo de cláusula se conoce como Material Adverse Change (MAC) y significa cambio sustancial adverso o negativo.

Generalmente, el objeto de dicha cláusula es que las partes contratantes puedan gestionar el riesgo de la operación en cuestión en la que hay una gran cantidad económica de por medio. La misma también hace referencia a aquellas operaciones o contratos en los que el cierre de la misma está previsto para una fecha posterior a la firma del contrato. Y es por ello, que, en muchas de las operaciones se incluye este tipo de cláusulas, porque, durante ese periodo de tiempo pueden darse circunstancias no previstas, sobrevenidas e imprevisibles, que pueden ocasionar efectos sustanciales negativos que afecten a la operación, como, por ejemplo, una crisis financiera.

En la práctica, dicha cláusula suele incluirse en los contratos para beneficiar al comprador, de manera que, si finalmente sucede una circunstancia que no estaba incluida en las previsiones contractuales, el comprador u inversor podrá solicitar desistir de la operación sin que por ello se le penalice, o con una penalización mucho más reducida de lo que en unas condiciones normales se le habría aplicado²⁴.

A priori, se podría calificar las cláusulas MAC como una figura camuflada y amparada por la RSS, pero las finalidades de ambas, aunque parecen similares, persiguen

²³ Art.1272 y art. 1261.2 Código Civil

²⁴ El comprador podrá resolver el contrato o renegociar los términos del mismo, en caso de producirse alguna de las circunstancias consideradas un “*Material Adverse Change*”. Las partes contratantes serán las que deban definir los términos y condiciones que regirán cada cláusula MAC en el caso en concreto.

finalidades distintas. La Rebus se suele utilizar para adaptar a las nuevas circunstancias del contrato, mientras que las cláusulas MAC prevén la resolución del mismo.

8.1 ANÁLISIS AL SUPUESTO EN CONCRETO

Generalmente, al amparo de los artículos analizados y toda la nueva regulación surgida por la crisis del COVID-19, así como las alternativas que se han ofrecido a las partes, se puede entrever la gran flexibilidad que los nuevos instrumentos ofrecen a las partes para cuando se ha convertido materialmente imposible el cumplimiento del contrato en cuestión.

Si bien es cierto, que la resolución, al ser una actuación un tanto delicada para el negocio jurídico del que se trate, se exige que la misma debe de ser estudiada para el supuesto de hecho en concreto. Por último, cabe destacar que dicha alternativa o solución se prevé para las partes contratantes en cuestión, al amparo de todo lo comentado anteriormente.

9. QUINTA CUESTIÓN: FIRMA DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRAVENTA EN UNA NOTARÍA

La declaración de la optante dirigida al concedente manifestando que finalmente va a ejercer la opción es lo que hace posible que se perfeccione el contrato y todo ello mediante la entrega del objeto del contrato en cuestión, la cual posteriormente producirá la transmisión de la propiedad. Ello se traduce simplemente en el ejercicio de la opción, pues mediante el mismo se lleva a cabo la exigibilidad de las recíprocas prestaciones (el pago del precio y la entrega del bien).

Cuando se hace referencia a la perfección del contrato, nos estamos refiriendo automáticamente al artículo 1.258 del Código Civil que afirma lo siguiente: “*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento [...]*” y continua el artículo 1.262.1 del CC añadiendo que: “*El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.*” No trataré aquí en profundidad que es lo que se entiende por la perfección del contrato, sino que, a efectos aclaratorios, es indispensable que para poder considerar constituida la opción es suficiente el acuerdo de voluntad de las partes.

Asimismo, cabe decir que, la inscripción en el Registro de la Propiedad del contrato de opción de compra, normalmente se lleva a cabo mediante la presentación de la escritura pública en la que se haga constar dicho derecho conforme a lo establecido en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria²⁵. Por lo que, a modo de recapitulación, cuando el título constitutivo de la opción sea el contrato, en el caso de tratarse de opción real, deberá documentarse en escritura pública, del mismo modo que si es una opción obligacional y pretende inscribirse.

En este sentido, cabe destacar una serie de artículos de la Propuesta de Código Civil relativa a los Libros Quinto y Sexto elaborada por la Asociación de profesores de Derecho Civil español de 2016, concretamente el art. 3113-10.4 PAPDC contempla que: *«El ejercicio del derecho de opción determina la perfección de contrato con finalidad traslativa o derecho real proyectado, sin necesidad de que el concedente deba emitir a tal efecto una nueva declaración de voluntad»*

A este respecto, el art. 3113-10.5 PAPDC establece que *«Ejercida tempestivamente la opción, el optante tiene derecho a exigir la formalización del contrato en escritura pública. Si el concedente de la opción no se aviene a otorgarlo puede ser suplido por el juez»*. De dicho artículo, se deduce que el optante está facultado para otorgar unilateralmente la escritura, en el caso de que se haya pactado de manera expresa, y todo ello una vez se haya acreditado la notificación de ejercicio de la opción.

La Dirección General de los Registros y del Notariado (“DGRN”) ya admitió el pacto de ejercicio unilateral de la opción en la RDGRN con fecha de 26 de enero de 2015. La misma declaro, y cito textualmente: *«este Centro Directivo ha admitido la inscribibilidad y eficacia del pacto de ejercicio unilateral de la opción sin necesidad de la intervención del concedente del derecho, ya que en este caso puede afirmarse que desde un punto de vista instrumental, y siempre que el dueño o dueños lo hayan consentido al pactarse el contrato preliminar [...] el título del adquirente en virtud de una opción de compra consumada por su declaración unilateral ha quedado integrado por la escritura de*

²⁵ Artículo 3 de la LH: *“Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos.”*

contrato de opción –otorgada como es obvio por ambas partes– y por la escritura de ejercicio de opción –otorgada unilateralmente por el adquirente, [...] ya que una vez autorizadas ambas el valor traditorio de la escritura y lo convenido por las partes produce la tradición adecuada para investir de dominio al adquirente”.

Realmente lo que se exige mediante el ejercicio unilateral es que se ajusten a lo expresamente pactado²⁶, adoptando las garantías correspondientes respecto a los terceros²⁷.

Es altamente recomendable pactar en la escritura pública de concesión de la opción una facultad en la que se autorice al comprador para que pueda otorgar por su cuenta la escritura de compraventa. Varias SSTs²⁸ consideran que sería suficiente para que el contrato de compraventa quede firme, perfecto, en estado de ejecución y obligatorio para el concedente, la expresión de voluntad del optante. Resulta de gran interés la presente doctrina, dado que ofrece la posibilidad a ambas partes contratantes instrumentar en el negocio jurídico un procedimiento que se adecue a las circunstancias del mismo para que posteriormente se pueda otorgar unilateralmente la escritura de compraventa y proceder automáticamente a la inscripción de su adquisición, evitando de tal modo el inicio de un procedimiento judicial con exigencias de cumplimiento forzoso.

Otra resolución de la DGRN con fecha de 19 de julio de 1991 reconoce dicha posibilidad anteriormente expuesta para que el comprador pueda otorgar por sí solo a su favor la escritura pública de compraventa. Normalmente se precisa que la parte concedente o vendedora le otorgue dicho poder, previa consignación notarial o judicial.

En la misma línea continua otra resolución de la DGRN de 7 de septiembre de 1982, que afirma que existiendo voluntad expresa y suficiente de las partes, la simple voluntad afirmativa del comprador es más que suficiente para que el contrato de compraventa quede perfeccionado.

Pues bien, una vez expuesto los puntos esenciales relativos tanto a la perfección del contrato de opción de compra, los elementos clave para poder otorgar la escritura pública de compraventa por parte del comprador y todas las Resoluciones y doctrina que

²⁶ cfr. Resolución de 20 de mayo de 2005

²⁷ cfr. artículo 175.6 del Reglamento Hipotecario y Resolución de 4 de marzo de 2014

²⁸ Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1992, 21 de julio de 1993, 7 de marzo de 1996 y 14 de febrero de 1997

defienden la misma, procederé a ubicar todo anotado anteriormente en el contexto actual que nos rodea, es decir, la crisis sanitaria y económica provocada por la COVID-19. Dado que tras la publicación el 14 de marzo de 2020 en el Boletín Oficial del Estado del Decreto 463/2020, por el que se declara el Estado de Alarma, son muchas las modificaciones legislativas que se han ido produciendo a distintos niveles para paliar las graves consecuencias que se estaban produciendo como es el campo que nos ocupa, el contractual y los negocios jurídicos que miles de personas que se han visto perjudicados por dicha crisis.

La situación de excepcionalidad y emergencia sanitaria ha llevado a una gran mayoría a replantearse el modo de ejercer la función notarial, de manera que pueda hacerse posible y compatibles la protección de la salud pública y la continuación de los servicios notariales, los cuales son una parte imprescindible para la continuidad de la vida económica del país. Unos de los principios básicos que se ha convertido durante muchos años en una de las piedras angulares de nuestro sistema notarial, es la inmediatez física del notario respecto de las partes contratantes o del negocio jurídico, es decir, la presencia de los otorgantes ante el notario. La esencia última de la función del notario en lo que a los actos y negocios jurídicos se refiere es esa “comparecencia personal física” a la que anteriormente he hecho referencia en un espacio y tiempo determinado, que son la base de la autenticación por el notario tanto de la identidad como del consentimiento.

Hasta aquí todo parece tener coherencia, pero los tiempos que estamos viviendo hacen que todo lo anterior se cuestione y surja la necesidad de replantearse nuevas soluciones a las problemáticas de esa obligatoriedad de comparecer físicamente para poder otorgar “esa escritura” o documento que se trate. La cuestión que se plantea, es si realmente es concebible esa autorización de escrituras públicas o la intervención de pólizas de contratos mercantiles con el mismo valor jurídico legal sin esa inmediatez física entre los otorgantes y el notario.

La solución ante dicha problemática es positiva, y esa respuesta afirmativa se apoya en varias teorías que a día de hoy tienen perfecta cabida en nuestro sistema jurídico. La primera de ellas hace referencia a que esa “inmediatez física” es considerada como un instrumento para obtener esa autenticidad por el notario de la identidad y del consentimiento de los otorgantes del acto jurídico. De modo que, a día de hoy, los avances tecnológicos han ofrecido miles de posibilidades que hacen posible que el notario pueda

afirmar con total seguridad esa identidad y consentimiento. Lo que realmente se pretende es, adaptar al nuevo contexto social, las nuevas formas de comunicación e interacción, que a día de hoy están cada vez más normalizadas y proporcionan paulatinamente una experiencia más presencial.

La Instrucción del día 15 de marzo de 2020 la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ("DGSJFP") sobre la adopción de medidas que garanticen la adecuada prestación del servicio notarial dispone que: *"Dadas las restricciones a la libertad deambulatoria establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma solo será obligatorio atender aquellas actuaciones de carácter urgente, así como las que determine el Gobierno. El notario se abstendrá de citar a interesado para actuaciones que no revistan dicho carácter"*. Pues bien, la intervención notarial queda reducida a "aquellas actuaciones de carácter urgente" de tal forma que será siempre el Notario, en todo caso, el que decida si dichas actuaciones revisten de esa urgencia o no.

Este principio, conforme a lo establecido en la DGSJFP, consideramos que contiene un concepto jurídico indeterminado del carácter urgente. Esa indeterminación ha dado pie a que se planteen en la práctica multitud de supuestos que han motivado que la Circular 2/2020 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado de 18 de marzo de 2020 haya establecido unos criterios que intenten delimitar el modo en que debe prestarse el servicio público notarial durante el periodo en que se mantenga vigente el Estado de Alarma.

De modo que, nos reiteramos en el hecho de que la urgencia no debe identificarse con la fuerza mayor o fuerza irresistible. Sino que, será el notario el que aprecie las circunstancias concurrentes a fin de formar su juicio sobre el caso particular del que se trate con antelación suficiente a la posible citación del interesado en su notaría.

Ya mencionada previamente la fuerza mayor²⁹, procederemos a realizar un análisis más profundo sobre la misma en la situación actual que nos ocupa. La misma se puede definir como el imprevisto al que no es posible resistir. Es decir, es un eximente de

²⁹ La configuración jurídica de la fuerza mayor está contenida en el artículo 1105 del Código Civil: *«Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables»*.

responsabilidad casi universalmente reconocido en todo tipo de contratos: una persona, ya sea natural o jurídica, afectada por la fuerza mayor, tiene una justificación para no cumplir con sus obligaciones derivadas del contrato.

La emergencia sanitaria decretada en razón del COVID-19 es un evento de fuerza mayor de naturaleza temporal. Si bien es cierto que, no necesariamente afecta a todas las actividades y negocios, podría tener efectos de largo alcance por su naturaleza internacional. Para poder alegar la misma, es necesario que concurran una serie de requisitos: un evento externo, que a su vez haya sido imprevisto por las partes y que afecta a una obligación de naturaleza contractual. La fuerza mayor, en estos casos, debe impedir el cumplimiento de la obligación, eximiendo a la parte afectada del riesgo ocasionado por ese evento. En definitiva, no basta con que la obligación se vuelva más onerosa o complicada de cumplir, ésta tiene que tornarse imposible. El término que estamos examinando tiene un campo muy delicado que dependiendo del caso en concreto del que se trate y se quiera aplicar podrá considerarse como fuerza mayor o no.

Si analizamos la situación de nuestro cliente, sabemos que es materialmente imposible que el mismo coja un avión para ir a firmar la escritura pública de compraventa a Tenerife, por considerarse la misma como una actividad no esencial por el Gobierno.

A nivel legislativo, son muchas las novedades y medidas que han ido surgiendo con la publicación de nuevos decretos por parte del Gobierno. El Consejo General del Notariado hizo pública la propuesta mediante la cual se puede realizar a través de la plataforma electrónica notarial o por medio de videoconferencia la autorización electrónica de pólizas para financiación de empresas y particulares. Del mismo modo, otorgaría a los notarios la posibilidad de autorizar una diversidad de documentos como testamentos en caso de epidemia, poderes especiales, revocaciones de poderes y actos societarios. Esta medida haría también posible la opción de obtener las copias simples gratuitas de escrituras públicas de las hipotecas y de las compraventas.

El Consejo responde mediante la anterior propuesta a la petición del Ministerio de Justicia, con una finalidad primordial, reducir los desplazamientos físicos a las notarías hasta en un 40% y cumplir con las recomendaciones de limitación de circulación aprobadas por el Gobierno en el decreto del 14 de marzo de estado de alarma.

La cuestión que se plantea, es si realmente es concebible esa autorización de escrituras públicas o la intervención de pólizas de contratos mercantiles con el mismo valor jurídicos legales sin esa intermediación física entre los otorgantes y el notario.

En consonancia con todo lo anterior, se podría admitir los otorgamientos notariales a distancia haciendo uso de las nuevas tecnologías y medios de comunicación que permitan proporcionar al notario la garantía necesaria y suficiente para su definitivo juicio de identificación. Todo ello únicamente sería posible si esa interacción con el notario y los otorgantes fuera en tiempo real, es decir, mediante videoconferencia.

Si bien es cierto, que podría considerarse que dichos sistemas pueden carecer de seguridad jurídica. No obstante, cabe decir, que para que los medios de comunicación puestos en marcha por los notarios sean completamente seguros, y no se realice mediante cualquier aplicación que permita una videoconferencia, la mayoría de ellos han visto la necesidad de que el acceso deba tener lugar a través de una plataforma online centralizada del notariado, garantizado así, de nuevo, la máxima seguridad, tanto para los otorgantes, como para el notario en el ejercicio de su función.

En último lugar, mención especial merece la firma electrónica³⁰, ya que, ésta podría considerarse la garantía definitiva tanto de la autenticidad como de la integridad en el que se plasma el consentimiento de los otorgantes del documento consentido.

En definitiva, el Gobierno, con ocasión de la crisis y emergencia sanitaria ocasionada por la COVID-19, puso en marcha una regla para el acta notarial de la junta general regulada en el art. 40 del Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo³¹, el mismo prevé lo siguiente:” *Durante el periodo de alarma y, una vez finalizado el mismo, hasta el 31 de diciembre de 2020, las sesiones de los órganos de gobierno y de administración de las asociaciones, de las sociedades civiles y mercantiles, del consejo rector de las sociedades cooperativas y del patronato de las fundaciones podrán celebrarse por videoconferencia [...],* continua exponiendo: “*Aunque los estatutos no lo hubieran previsto, durante el periodo de alarma*

³⁰ Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. En su artículo 3 se define la misma como: “*La firma electrónica es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante.*”

³¹ La Directiva (UE) 2019/1151 ya contemplaba la intervención notarial en los expedientes societarios, pero, sin poder exigir la presencia física de los otorgantes, obligándoles a tramitarlo de modo completo en línea.

y, una vez finalizado el mismo, hasta el 31 de diciembre de 2020, las juntas o asambleas de asociados o de socios podrán celebrarse por vídeo o por conferencia telefónica múltiple siempre que todas las personas que tuvieran derecho de asistencia o quienes los representen dispongan de los medios necesarios, el secretario del órgano reconozca su identidad.”

9.1 ANÁLISIS AL SUPUESTO EN CONCRETO:

A modo de recapitulación de todo lo anterior, nuestro cliente podría no asistir a la firma de la escritura pública de compraventa a Tenerife. Son varias las opciones de las que el mismo dispone y que a día de hoy son también muy útiles cuando una de las partes no puede acudir a firmar por que alguna razón se lo impide.

Una de las soluciones sería otorgar un poder notarial, que incluso podría remitirse electrónicamente de una notaría a otra, lográndose a su vez que en el mismo día pueda firmarse una escritura, aunque las partes estén en distintos lugares.

El poder o mandato es una figura que autoriza a una tercera persona a que firme o realice una actuación en nuestro nombre. El Código Civil exige en su artículo 1280 que ciertos poderes consten en documento público para mayor seguridad jurídica. No obstante, en el caso de que un apoderado o mandatario verbal haya actuado en nombre del poderdante, éste último tendrá que acudir en una fecha posterior a ratificar, manifestando su conformidad con lo hecho por el apoderado, y reconoce que es como si dicho acto lo hubiera hecho él mismo. Normalmente los efectos de la ratificación se retrotraen a la fecha en la que se hizo el negocio.

Uno de los sistemas más utilizados entre notarias para enviarse las escrituras que un mandatario verbal haya podido firmar en un lugar específico para posteriormente enviarla a aquella notaria en la que finalmente la parte que no pudo acudir ratificará es lo que se conoce como Signo (Sistema Integrado de Gestión del Notariado). La misma agiliza y simplifica la realización de los trámites, aumentando el uso de las transacciones telemáticas y permitiendo al notario cumplir con su función de una forma más eficaz.

Lo que realmente se quiere hacer ver es que, gracias a la evolución a la sociedad y de las nuevas tecnologías, se permita a que actuaciones que normalmente se hubieran realizado

únicamente de manera presencial, se puedan hacer de forma telemática con el uso de nuevos sistemas. Todo ello aportando la misma productividad, seguridad y estandarización e integración.

10. SEXTA CUESTIÓN: INVOCACIÓN DE LA REBUS SIC STANTIBUS EN UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LARGO PLAZO

Anteriormente en la cuestión preliminar, hemos definido los aspectos esenciales de la Rebus, las bases de su aplicación, y los requisitos que deben darse para poder invocarla. Tradicionalmente se ha venido aplicando la RSS de manera muy restrictiva y cautelosa, ya que para que pueda aplicarse dicha cláusula es necesario un presupuesto contractual que permita la valoración del cambio de circunstancias operado. Dependiendo del tipo de contrato, se analiza la posibilidad de su aplicación, siendo más probable que se aplique a los contratos de tracto sucesivo (aquella que no se agota en un solo acto, sino que se caracterizan por su ejecución prolongada en el tiempo), especialmente, a los de larga duración. En cambio, se aplica de forma excepcional a los contratos de tracto único.³²

Entre las operaciones inmobiliarias más caracterizadas por ser de tracto sucesivo podemos destacar el contrato de arrendamiento de larga duración. Dicho contrato representa el ejemplo más claro en donde podría preverse la aplicación de la cláusula *Rebus Sic Stantibus*.

En este sentido, cabe mencionar que la doctrina tradicional del TS ha defendido que las fluctuaciones económicas y los cambios en el mercado inmobiliario no se pueden calificar de circunstancia imprevisible, descartando la posibilidad de invocar dicho instrumento en aquellas situaciones donde la alteración de circunstancias referida a la variación de la renta ha sido tenida en cuenta mediante cláusulas de revisión de la misma³³. Estas cláusulas de revisión y de estabilización pueden contemplar cualquier elemento de la

³² (SSTS, Sala de lo Civil, 5/2019, de 9 de enero, y 156/2020, de 6 de marzo).

³³ STS 24 de septiembre de 1994, el Tribunal Supremo consideró que la RSS no resultaba aplicable a los contratos de arrendamiento en la medida en que se contemplasen cláusulas de revisión o adaptación de precios.

relación contractual que sea capaz de experimentar fluctuaciones con el correspondiente riesgo o incertidumbre.

Dejando de lado las cláusulas de revisión, cabría plantearse el hecho de que en aquellos contratos de larga duración en los que no se prevea una cláusula de estabilización o actualización de la renta, no se trate de un signo equivoco de que las partes estén dispuestas a internalizar el riesgo que más adelante pueda suponer a cada una de ellas.

En este sentido, la STS de 27 de abril de 2012 (RJ 2012, 4714) afirma que: *“la transformación económica del país y la mejora del mercado inmobiliario producidas en el devenir de un contrato de arrendamiento de larga duración, no son circunstancias imprevisibles que puedan justificar la aplicación de la cláusula Rebus ni por tanto justificar la petición del arrendador de aumento de la renta pactada contractualmente y actualizada cada año conforme a los índices de precio de consumo”*.

Dado que anteriormente hemos detallado cada uno de los requisitos aplicables a la RSS, recordaremos a grandes pinceladas los mismos para poder aplicarla y modificar el contrato en cuestión:

- La existencia de un evento imprevisible, ajeno a las partes, que altere extraordinariamente la situación o circunstancias existentes al momento de celebración del negocio jurídico³⁴.
- El evento imprevisible debe quedar excluido del riesgo normal inherente o derivado del contrato³⁵. Normalmente, el riesgo puede considerarse previsible si las partes han asumido el mismo, expresa o implícitamente, o si deberían haberlo asumido por la naturaleza del contrato. Normalmente, en estos casos se descarta la aplicación de la Rebus.
- En último lugar, y no menos importante, es que dicho evento que no pudo preverse debe causar como consecuencia la desaparición de la base del negocio. Y eso sucede cuando la finalidad económica del contrato se frustra o se vuelve completamente inalcanzable, y desaparece el equilibrio básico que formó el negocio jurídico entre las partes contratantes y rompiendo a su vez la

³⁴STS 333/2014, de 30 de junio, y 5/2019 de 9 de enero

³⁵ STS 333/2014, de 30 de junio

conmutatividad del contrato expresada en la equivalencia o proporción entre las prestaciones.

Las dos directrices del orden público económico que justifican y fundamentan la cláusula *rebus sic stantibus* son: la conmutatividad del comercio jurídico y el principio de buena fe. La primera hace referencia al equilibrio que debe darse entre las partes contratantes, en el intercambio oneroso de bienes y servicios. Este equilibrio resulta también atendible desde la fundamentación causal del contrato, y sus correspondientes atribuciones patrimoniales cuando deviene alterado con la desaparición de la base del negocio que le dio sentido³⁶. En estos casos la aplicación de la RSS estaría justificada, en tanto y en cuanto buscaría restablecer la base del negocio que dio sentido al contrato.

En conexión con lo anterior, el principio de buena fe en la economía de los contratos permite una ponderación de los resultados que se deriven de la regla de que los pactos deben cumplirse siempre en sus propios términos. Dicho principio consiste en que “*el vendedor no debe pretender más de lo que le otorgue su derecho y el comprador no puede pretender dar menos de aquello que el sentido de la probidad exige*”, todo ello en consonancia con la naturaleza y finalidad del contrato. De modo que, la Rebus también se encontraría justificada en este tipo de casos porque permitiría readaptar las pretensiones contractuales en aquellas situaciones en las que ocurre un evento sobrevenido que modifica sustancialmente las circunstancias que dieron sentido y origen al negocio jurídico entre las partes contratantes y como consecuencia de dicha situación imprevisible se genera un desequilibrio de las prestaciones³⁷.

No obstante, la perspectiva de la progresiva objetivación del fundamento técnico de la Rebus, conforme a regla de la conmutatividad del comercio jurídico y el principio de buena fe, ha dado lugar a la posibilidad de la aplicación normalizada de dicho instrumento en el campo del Derecho contractual.

En el plano de aplicación de la RSS, las referencias como la frustración del fin para el que las partes contratantes operaron, la quiebra de la finalidad económica, así como de sus expectativas o aspiraciones provoca la necesidad de realizar un contraste desde la base

³⁶ La conmutatividad, más allá de su mera aplicación como criterio interpretativo (art. 1289 CC) se erige como una regla de la economía contractual que justifica, *ab initio*, la posibilidad de desarrollo de figuras como la *Rebus Sic Stantibus*.

³⁷ STS, Sala de lo Civil, 333/2014, de 30 de junio

del negocio y del riesgo derivado del contrato, como consecuencia de las Directrices anteriormente expuestas. Es decir, la conmutatividad y la relevancia que ostenta el mantenimiento del equilibrio contractual a nivel económico entre ambas partes. Lo que realmente se valora a la hora de realizar dicha contrastación es esa ruptura del equilibrio contractual por la onerosidad sobrevenida del negocio jurídico llevado a cabo.

De modo que, la aplicación de la Rebus atiende a la quiebra o frustración de esa conmutatividad en el intercambio de bienes y servicios y onerosidad contractual sobre la que se diseñó el negocio jurídico realizado por las partes contratantes.

Continuando en esta línea, la teoría de la base del negocio ha dado pie a profundizar más en lo que a la aplicación de la RSS respecto a la función económica³⁸ que formó el contrato, así como el propósito negocial deseado por las partes. De modo que, partiendo de esta idea, la crisis económica se destaca como un factor que puede potenciar esa alteración de circunstancias que determinan la excesiva onerosidad del cumplimiento del negocio jurídico.

Anteriormente ya he hecho referencia a esa alteración de circunstancias capaces de generar una modificación en el contrato, pero normalmente, dicha constatación debe ser significativa respecto a esa base económica que informó el contrato. La base económica del contrato permite que en el tratamiento de la relación de equivalencia se tenga en cuenta la actividad económica de la persona en cuestión que deba realizar la prestación comprometida. De manera que, parece razonable apreciar dicha excesiva onerosidad en los supuestos en donde la actividad económica lleve a un resultado negativo o, a la desaparición de cualquier margen de beneficio. Normalmente, en ambos casos esas pérdidas suelen desprenderse de la relación económica que se derive del contrato en cuestión.

A modo de anotación, cabe decir que, en los contratos de larga duración, como son los de arrendamiento, la duración del mismo no resulta un obstáculo para apreciar el posible carácter imprevisible del cambio de circunstancias. Del mismo modo no afecta a la aplicación del remedio contractual que estamos analizando. Dicha afirmación se realiza

³⁸ La excesiva onerosidad en el cumplimiento del contrato queda claramente marcada en los textos de referencia como los Principios UNIDROIT, Principios de Derecho Europeo de la Contratación (PECL), así como en la Propuesta de Anteproyecto de Modernización del Código Civil.

a modo genérico, sin perjuicio de que en cada caso distinto de que se trate pueda resultar una solución u otra. Pues como todo en Derecho, a toda regla, siempre cabe una excepción.

A efectos de ilustrar casos recientes en los que se haya solicitado la aplicación de la RSS, con fecha de 25 de septiembre de 2020 se dictó un Auto con nº447/2020, en el que se solicita la aplicación de dicho instrumento y una reducción provisional del 50% en el pago de la renta a un contrato de arrendamiento de largo plazo, más concretamente, a un local de negocio.

Las bases jurídicas manifestadas por la parte actora para que se declare su aplicación eran que la actividad del local de negocio, como consecuencia de la situación sanitaria existente en España derivada de la pandemia de la COVID-19, se vio completamente interrumpida. Y ello desencadena la consideración de que se trata de un hecho imprevisible, que genera una alteración sustancial de las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato y que a su vez causa una desproporción exorbitante entre las recíprocas prestaciones de las partes.

Si analizamos con detalle, se trata de los requisitos que deben darse para poder aplicar la RSS. Es cierto que, en cuanto a la alteración extraordinaria de las circunstancias, claro está el impacto que se causó con la declaración del estado de alarma, dado que se pasó de una situación de funcionamiento normal del negocio, sin restricciones ni movilidad a un simple “lockdown”.

Como hemos venido comentando, la crisis sanitaria derivada de la COVID-19 responde a la anterior exigencia, pues se trata de una circunstancia que parecía impensable cuando se celebró el contrato de arrendamiento con los demandados.

Asimismo, se exige también una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato en cuestión por aniquilación del equilibrio de las prestaciones. La RSS tiene entre sus finalidades permitir que el negocio jurídico pueda superar el bache económico vivido y el contrato de arrendamiento pueda cumplir con la duración que se le concedió; así como que las condiciones del contrato se adapten al contexto, cuando se produce una alteración grave del mismo, logrando de este modo no finalizar la relación contractual (lo que hemos venido explicando, el principio de conservación del negocio)

Es cierto que, tradicionalmente se ha venido diciendo que la aplicación de la RSS ha de tener un carácter excepcional, dado que se trata de una cláusula peligrosa, y en su caso, debe admitirse cautelosamente. Como recuerda Francisco Javier Orduña Moreno (magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo), la RSS se presenta como un instrumento consustancial a la propia dinámica del Derecho y de su correlato económico, destinado a la salvaguarda de la base económica de los contratos, entre otros.

Pues bien, tras este inciso, recalcar que, el hecho de que el contrato en cuestión se de tracto sucesivo no es particularmente determinante, pero sí susceptible de valoración. Normalmente este tipo de contratos favorece la aplicación de la RSS, ya que por su propia vocación es la de permanencia durante un periodo de tiempo. Es por ello que en base a todo lo anteriormente expuesto, se declara la reducción en un 50% de la renta que la parte actora venía abonando.

En consonancia con lo anterior, mención especial merece una sentencia del Tribunal Supremo 591/2014, de 15 de octubre, donde el TS ha aplicado la RSS.

La sentencia en cuestión analiza dos entidades mercantiles vinculadas por el contrato de arrendamiento de un hotel. La arrendataria que, a su vez, era la demandante, solicitaba que se redujera la renta anual entre un 33% y un 29%, para restablecer el equilibrio de las recíprocas prestaciones contractuales. Tras la desestimación de las pretensiones de la demandante, en primera y segunda instancia, el TS dio un giro considerando que, efectivamente, sí que se cumplían los requisitos de la Rebus, aplicando posteriormente dicho instrumento reduciendo la renta anual en un 29%.

Procederemos a realizar un análisis más detallado en lo que a los requisitos de la Rebus se refiere, para la aplicación de la misma en la Sentencia que se está analizando. El primero de ellos, referido a la alteración imprevisible de las circunstancias al tiempo de la celebración del negocio jurídico, consistió en la crisis económica del año 2008, que, a su vez, supuso un cambio significativo respecto al momento de crecimiento y expansión en que se suscribió el contrato. En la STS se afirma expresamente lo siguiente: “[...] *el contexto económico del momento de la celebración y puesta en ejecución del contrato (periodo del 1999 a 2004), de inusitado crecimiento y expansión de la demanda acompañado, además, de una relevante promoción urbanística de la zona de ubicación de los hoteles, formó parte de la base económica del negocio que informó la configuración del contrato de arrendamiento suscrito por las partes en febrero de*

1999. [...] continúa: *la nota de imprevisibilidad no debe apreciarse respecto de una abstracta posibilidad de producción de la alteración o circunstancia determinante del cambio considerada en sí mismo, esto es, que la crisis económica es una circunstancia cíclica que hay que prever siempre, con independencia de las peculiares características y alcance de la misma en el contexto económico y negocial en el que incide [...]*”

El segundo de ellos, referido a la exclusión del evento imprevisible del riesgo normal del contrato, está en consonancia con el anteriormente expuesto, ya que el TS en dicha sentencia defiende la idea de que no puede imputarse a la arrendataria el hecho de haber previsto la crisis, aunque la actora sea una empresa relevante en el sector. La STS afirma lo siguiente: “[...] *no parece que pese a tratarse la parte arrendataria de una empresa relevante en el sector y, por tanto, conocedora del riesgo empresarial que entraña la explotación del negocio de hostelería, se le puede imputar, exclusivamente, la falta de previsión acerca de la crisis económica [...] que por las circunstancias de su irrupción, de su especial impacto y trascendencia, su asignación como riesgo no puede caer sólo en la esfera de control de la parte en desventaja, ni tampoco cabe establecer que "razonablemente" se hubiera debido tener en cuenta en la distribución natural de los riesgos derivados del contrato celebrado. [...]*”

El tercer requisito, anteriormente he hecho alusión al mismo y viene relacionado con la desaparición de la base del negocio y la consecuente excesiva onerosidad. En la sentencia, la demandante durante el periodo de 2005 y 2009, presentaba grandes pérdidas económicas, mientras que la demandada tenía un balance económico positivo. La STS que estamos analizando, para comprobar si realmente se cumplen dichos requisitos en relación con la aplicación de la *Rebus Sic Stantibus*, lo fundamenta del siguiente modo: “[...] *también se da, en el presente caso, el supuesto de la excesiva onerosidad como exponente de la ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones de las partes (principio de conmutabilidad del contrato), particularmente referenciada en aquellos supuestos en donde la actividad económica o de explotación, por el cambio operado de las circunstancias, comporta un resultado reiterado de pérdidas (inviabilidad económica) o la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta de carácter retributivo de la prestación); supuesto del presente caso en donde los hoteles de la cadena [...] presentan unas pérdidas acumuladas cercana a los tres millones de euros*

en el periodo 2005-2009, frente al balance positivo de la empresa arrendadora, en torno a los 750.000 euros para el mismo periodo objeto de valoración.”

Finalmente, tras una evaluación muy cautelosa de cada uno de los requisitos necesarios para poder aplicar el instrumento jurídico (*Rebus Sic Stantibus*) la sentencia que se ha venido analizando hasta ahora, dictó su fallo en el sentido de la modificación del contrato de arrendamiento, por aplicación de la RSS y reduciendo la renta anual en un 29% respecto de la renta vigente en el momento de interposición de la demanda.

Tradicionalmente la doctrina, para dar una solución al desequilibrio entre las prestaciones de ambas partes contractuales, ha acudido a la teoría de la excesiva onerosidad de la prestación concebida por los civilistas italianos y a la teoría de la desaparición de la base del negocio jurídico creada por Oertmann y Larenz (civilistas de origen alemán) para el Derecho alemán y seguida por Luis Díez-Picazo³⁹, en el Derecho español. Éste último sostiene que la base del negocio jurídico puede ser tanto subjetiva como objetiva. Díez Picazo, fundamenta dicha diferenciación en que, la base subjetiva es la expectativa o representación mental de los fines del contrato esperados por las partes contratantes, mientras que la objetiva es el conjunto de circunstancias y el estado general de las cosas, cuyo mantenimiento es necesario para que el contrato no pierda su esencia y pueda continuar siendo el mismo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de los dos últimos años se ha reafirmado en el hecho de que la *Rebus* no puede entrar en juego cuando el riesgo es únicamente asumido por una de las partes contratantes⁴⁰. En muchas ocasiones se ha dicho que se debe partir de la idea de que los riesgos derivados del coronavirus no están asignados en los contratos que se celebraron con anterioridad al estallido de la crisis. No obstante, no hay que descartar la posibilidad contemplen cláusulas de asignación de riesgos redactados en términos muy amplios, dando entrada a cualquier circunstancia, incluido el COVID-19. En dichos casos, será la interpretación cautelosa de dichas cláusulas la que determine si efectivamente puede considerarse asignado a alguna de las partes el riesgo de una

³⁹ **Luis Díez-Picazo y Ponce de León** nacido en Burgos el 1 de septiembre de 1931-Madrid, 31 de octubre de 2015, fue un jurista, profesor universitario y escritor de obras jurídicas españolas. También fue magistrado del Tribunal Constitucional durante el periodo comprendido entre los años 1980 y 1989.

⁴⁰ STS de 30 de abril de 2015, RJ. 2019/2015

situación como la que se ha producido como consecuencia de la pandemia que actualmente estamos todos viviendo.

Pues bien, en relación con esa ruptura del equilibrio, la misma puede manifestarse de dos modos distintos: en primer lugar, ya sea por un aumento de los costes de ejecución de la prestación, o, por lo contrario, por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe. En el contexto actual relacionado con la crisis sanitaria provocado por el COVID-19 y a fin de valorar si la RSS es el instrumento adecuado para paliar los graves problemas que sufren los contratos actualmente, considero esencial tener presente dos aspectos: el deber de renegociar (relacionado con el principio de buena fe que anteriormente he explicado) y el papel de los tribunales en su aplicación. Realmente, si tenemos en cuenta la pandemia actual, la renegociación de los contratos es la opción ideal. Ya que, la parte afectada por el cambio de circunstancias puede optar por suspender el cumplimiento a su propio riesgo, ofreciendo una prestación ajustada a la nueva situación, sin perjuicio de que lo que finalmente los tribunales digan para verificar si dicha suspensión se encuentra, efectivamente, ajustada a derecho.

Ciertamente, con la RSS lo que se pretende es buscar una solución negociada entre las partes contratantes sin necesidad de acudir a los tribunales. Pero, no obstante, lo curioso es que ha resultado poco probable que dicho objetivo se consiga, dado que y tal y como dice Rodríguez Rosa y Ruiz Arranz y cito textualmente: *“la Rebus es una regla general, cuya aplicación práctica sin concreción a los casos del COVID-19 llevaría un colapso de los tribunales; por lo menos, hasta que el Tribunal Supremo esclareciese (¿tres años después?) su aplicación a esta situación concreta”*.

La normativa actual dictada por el legislador de emergencia no cubre todos los contratos de arrendamiento, ni todos los contratos de préstamo. Ya que lo que se ha buscado es regular aquellas situaciones donde el arrendatario o el prestatario, según el caso se encuentre en una situación delicada económicamente, causada por la crisis del COVID-19. De modo que, se ha legislado específicamente respecto a las moratorias sin devengo de intereses, así como en reducción del 50% de la renta (únicamente en el caso de contratos de arrendamiento de vivienda), así como suspensiones de pago, para los préstamos personales.

Dichas medidas tienen una especial particularidad, puesto que únicamente se imponen a la contraparte si la misma es, a juicio del legislador, lo que se considera como “fuerte”,

es decir, empresas entidades públicas de vivienda o grandes tenedores. En estos casos, el arrendador, deberá obligatoriamente aceptar la moratoria o la suspensión. Por ejemplo, en los casos de arrendamiento de vivienda, el arrendador puede optar entre la moratoria o la quita⁴¹. Pero, a *sensu contrario*, si la contraparte no se la considera como “fuerte” (los arrendadores pequeños propietarios), a falta de acuerdo entre las partes, el arrendatario seguirá obligado a pagar la renta en las condiciones pactadas en el contrato⁴².

En los casos de arrendamientos de vivienda, se faculta al arrendatario a solicitar un préstamo con el que pagar la renta (si se encuentra en situación económica muy negativa), y cuya devolución avalará el Gobierno. Dicha afirmación se encuentra fundamentada en el artículo 8 del RD-Ley 11/2020 del 2 de abril establece que en aquellos casos en los que el inquilino (cuyo arrendador sea otro particular) y el mismo no se encuentre capacitado económicamente para pagar la renta como consecuencia de la crisis causada por el COVID-19, se lo comunique al arrendador. No obstante, cabe remarcar que el arrendador no tiene ninguna obligación de aceptar la propuesta de su arrendatario, es decir, de aceptar la propuesta de aplazar el pago, así como de condonar la renta. De modo que, de aquí surge la idea del legislador a que, en aquellos casos de vulnerabilidad económica definida muy estrictamente por parte del inquilino, el mismo pida un préstamo al banco avalado por el Gobierno (con hasta seis años de duración) y con el que sea capaz de pagar su renta.

Además, a modo de anotación, cabe destacar que, a diferencia de otros países de nuestro entorno (Francia, Alemania y Reino Unido), el legislador de emergencia no ha optado por suspender la posibilidad de resolver el contrato por impago. Si bien, también es cierto que, gracias a las moratorias, se evita indirectamente dichas resoluciones por impago.

Por último, considero esencial realizar una breve mención acerca de los Reales Decretos que se han dictado en la materia con motivo del COVID-19. Por un lado, entró en vigor el 2 de abril de 2020 el Real Decreto Ley 11/2020, en la que se adoptaban una serie de medidas como las que indicamos a continuación:

⁴¹ **Pertíñez Vilchez** (Cesco, 28 de mayo de 2020) considera que, aunque la quita sea la opción más costosa para el arrendador, también es la más segura.

⁴² A modo de anotación, cabe decir que, aunque en el caso de los arrendamientos de local de negocio la normativa no establezca claramente lo que sucede en casa de falta de acuerdo, considero que la consecuencia no puede ser otra más que la subsistencia de la obligación del pago de la renta.

- Moratoria automática en el pago de la renta arrendaticia de la vivienda habitual: salvo que ya se hubiera acordado una moratoria o una reducción de renta, el arrendatario podrá solicitar el aplazamiento temporal y extraordinario del pago de la renta arrendaticia frente al arrendador.
- Prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual: en estos casos, el arrendatario podrá exigir una prórroga extraordinaria por un periodo máximo de seis meses de los contratos de arrendamiento de la vivienda habitual, si se dan una serie de requisitos de forma cumulativa.
- Suspensión del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para hogares vulnerables: se mantiene la presente medida por un periodo máximo de seis meses desde la entrada en vigor del RDL.

Posteriormente entró en vigor el 23 de abril de 2020 el Real Decreto Ley 15/2020, mediante el cual se adoptó una medida enfocada a la moratoria automática en el pago de la renta arrendaticia de arrendamientos para uso distinto del de vivienda y arrendamientos de industria. La misma requiere el cumplimiento de una serie de requisitos subjetivos y objetivos de la parte de los autónomos y de las pymes. Y en el caso de que los mismos se den el arrendatario en caso, podrá solicitar el aplazamiento temporal y extraordinario del pago de la renta frente al arrendador, en el plazo de un mes desde la entrada en vigor del RDL.

10.1 ANALISIS AL SUPUESTO DE HECHO CONCRETO:

A modo de recapitulación de todo lo expuesto y analizado en la presente cuestión, se puede concluir una serie de aspectos, todos ellos de gran relevancia, que podrían ofrecerse a nuestro cliente, para ponderar lo más ajustado a su situación personal y a las circunstancias que nos rodean.

Pues bien, hemos ido detallado a lo largo del presente informe todos los requisitos y la carga de prueba que se exige para la aplicación de la RSS, así como para poder beneficiarse de todas las alternativas y soluciones que la misma nos ofrece a fin de reestablecer las modificaciones que se hayan podido causar al contrato en cuestión.

No obstante, en el contexto actual dada la crisis sanitaria debida al COVID-19, sería pertinente ofrecer a las partes contractuales la posibilidad de negociar, siempre en

concordancia y dentro del principio de buena fe, los aspectos esenciales que definen al contrato base que informó la relación entre las mismas, evitando de este modo el deber de acudir a los Tribunales y la posibilidad de que concurra una considerable demora hasta el tiempo que los mismos se pronuncien. Es cierto, que, dadas las características del contrato de arrendamiento suscrito entre ambas partes, favorecen considerablemente la aplicación de la RSS, básicamente porque es un instrumento que tiene vocación a aplicarse a los contratos de tracto sucesivo, como es en este caso, entre otros aspectos.

11. SÉPTIMA CUESTIÓN: RESOLUCIÓN DE UN CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO Y REEMBOLSO DE LOS BILLETES DE AVIÓN

La crisis económica, social y sanitaria causada por la COVID-19 ha provocado que en muchos ámbitos se haya visto la necesidad de regular ciertos sectores de manera mucho más específica para aquellos usuarios que se hayan visto especialmente afectados por la imposibilidad de realizar los viajes que tenían previstos, dado que los mismos no se encuentran en los motivos tasados por la Ley⁴³ para poder realizarlos, entre otros casos.

Pues bien, el pasado 31 de marzo, se hizo público en España el conocido Real Decreto-ley 11/2020, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente a la COVID-19.

De dicho RDL, en el artículo 36.1 se extrae lo siguiente, y cito textualmente: *“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*

⁴³ 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, contiene una lista exhaustiva de los motivos por los que se permite a la ciudadanía circular por las vías públicas. Todos aquellos que se encuentren excluidos de dicha lista, se verán imposibilitados para poder realizar aquello que tenían previsto a partir del pasado día 14 de marzo.

mantenga la vigencia de las medidas adoptadas que hayan motivado la imposibilidad de su cumplimiento”.

Antes de proceder a realizar un análisis más exhaustivo sobre dicho artículo, considero de gran relevancia remarcar el hecho de que el citado Real Decreto-Ley 11/2020, del 31 de marzo ha sufrido de manera reiterada posteriores modificaciones a fecha del 22 de abril del 2020 y la última a fecha de del 10 de junio de 2020. Las modificaciones aplicadas al artículo no son muy contundentes, van dirigidas principalmente al ofrecimiento de una protección suplementaria a los consumidores, ya que en el artículo concretan el hecho de que en el caso de bonos o vales sustitutorios al reembolso, deberán quedar sometidos a la aceptación por parte del consumidor o usuario.

Consideramos primordial aclarar, para evitar posibles confusiones, que nuestro Despacho para la prestación del asesoramiento jurídico sobre las cuestiones planteadas por nuestro cliente, ha tomado en cuenta el texto actualizado publicado el día 10 de junio del 2020. Dado que la fecha de emisión del presente informe jurídico se emite con fecha posterior a la misma.

Pues bien, una vez aclarado este aspecto, del referido artículo se pueden deducir una serie de aspectos relativamente relevantes para el caso que nos ocupa. Se estipula en el mismo que el usuario tiene catorce (14) días para resolver el contrato desde la imposible ejecución del mismo. Normalmente el pasajero debe esperar a que su compañía les comunique personalmente que su vuelo va a proceder a la cancelación. Desde ese momento, el pasajero debe comunicar por escrito que solicita el reembolso, y guardar un justificante que acredite efectivamente haberlo solicitado en su momento determinado. Asimismo, del artículo también se puede sustraer el derecho que ostenta el consumidor de solicitar el reembolso del vuelo contratado, siempre y cuando resulte completamente imposible cumplir con el servicio del que se trate (el transporte aéreo), ya sea, porque el vuelo se haya cancelado por parte de la compañía aéreo, o, aunque el mismo no se haya cancelado, resulta imposible para el pasajero realizar el viaje en cuestión, por la restricciones de movilidad establecidas en el RDL causadas por la pandemia del coronavirus.

El artículo 36.1 del RDL continua expresamente afirmando lo siguiente: *“La pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes, sobre la base de la buena fe, una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato. Las propuestas de revisión podrán abarcar, entre otras, el ofrecimiento de bonos o vales sustitutorios al reembolso, que en todo caso quedarán sometidos a la aceptación por parte del consumidor o usuario. A estos efectos, se entenderá que no cabe obtener propuesta de revisión que restaure la reciprocidad de intereses del contrato cuando haya transcurrido un periodo de 60 días desde la solicitud de resolución contractual por parte del consumidor o usuario sin que haya acuerdo entre las partes sobre la propuesta de revisión”*.

Lo que viene a decir el gobierno en este artículo es que, ofrece la posibilidad de llegar a un acuerdo con la aerolínea que se haya contratado, para que, en lugar de proceder al reembolso, se pueda de mutuo acuerdo, aceptar un bono para realizar el viaje en un momento posterior. También especifica que, si en 60 días, no se ha llegado a un acuerdo, se procederá automáticamente al reembolso, por ser lo que correspondería legalmente.

El plazo establecido en el RDL, es fundamentalmente por el hecho de ofrecer a las aerolíneas un plazo para disponer de liquidez, dado que, la situación tan delicada que todos estamos viviendo, y que nos está afectando a cada uno de un modo distinto, también la están sufriendo las aerolíneas, que muchas de ellas no disponen de suficiente liquidez, puesto que siguen sufragando gastos, y además no están generando ningún tipo de ingreso, por las restricciones impuestas en todos los países del mundo.

Seguramente, son miles los casos en los que se han visto sumergidos los pasajeros que no han podido realizar el viaje previsto y se han visto obligados a cancelarlos por considerarse “no estrictamente necesario”. Legalmente, es perfectamente defendible, el derecho de los mismos a solicitar el reembolso. De conformidad con lo explicado a lo largo del informe, actualmente, son muchos los autores, que han calificado la situación de emergencia sanitaria mundial como un caso de fuerza mayor, ya que, nos hallamos ante una

circunstancia imprevisible e inevitable, que produce la suspensión de la exigibilidad de la obligación de pago⁴⁴.

También, lo que anteriormente era una mera recomendación propuesta por el Ministerio de Sanidad, relativas a no viajar, salvo que fuese estrictamente necesario. Tras el 14 de marzo de 2020 constituye una prohibición, recogida en el artículo 7 del RDL 463/2020. En el mismo se recogen todas las limitaciones sobre la libre circulación de las personas, con excepciones expresamente señaladas en dicho precepto. Por lo tanto, el incumplimiento de la Ley puede generar responsabilidades de todo tipo, civil, penal o incluso hasta administrativa.

En línea con lo anterior, la doctrina y jurisprudencia relativa a la RSS que tanto se ha ido hablando en el presente informe, como ya sabemos, permite la revisión de los contratos por mutación suficiente y sobrevenida de las circunstancias, cuando se ha quebrado el equilibrio económico del negocio jurídico del que se trate, y además a una de las partes contratantes le resulte extremadamente complicado su cumplimiento. Pues bien, cuando se ha producido una alteración completamente imprevisible y extraordinaria de las circunstancias a la fecha del contrato en cuestión, el cumplimiento del mismo, puede resultar excesivamente oneroso para el pasajero, en el sentido de que, éste no va a poder realizar su viaje, de modo que podría atentar con los principios básicos de la contratación si se analiza el mismo conforme al principio de buena fe, recogido en el artículo siete (7) del Código Civil⁴⁵ y de la reciprocidad de intereses entre las partes contratantes.

Actualmente, el TS, ha ido aplicando cada vez más el instrumento jurídico (RSS), que también ha sido reconocido en los Principios de Unidroit y en los Principios Europeos de la Contratación⁴⁶.

⁴⁴ A juicio de nuestra doctrina, el artículo 1105 del Código Civil se refiere, aunque no la mencione expresamente, y juntamente con el caso fortuito, a la fuerza mayor cuando establece que: *“Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.”*

⁴⁵ Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. (...) La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo.

⁴⁶ Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2013, 18 de enero de 2013, y 30 de junio de 2014.

A modo de anotación, es destacable la noticia anunciada por el Ministerio de Consumo en relación con el ejercicio de la acción de cesación prevista en el artículo 53⁴⁷ de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (LGDCU). La acción fue dirigida contra diecisiete aerolíneas por la omisión de información acerca de los derechos que ostentan los pasajeros, al reembolso del precio de los billetes comprados, específicamente por aquellos vuelos cancelados por la COVID-19.

Conforme a la normativa comunitaria europea y la LGDCU todo pasajero puede ejercitar su derecho al reembolso en un plazo establecido por la Ley de siete días. En este sentido, se detectó que ciertas compañías (Air Europa, Air France, EasyJet, **Iberia**, Ryanair...) habían incurrido en una práctica comercial desleal al omitir dicha información. En relación con la práctica desleal, Consumo recurre al artículo anteriormente citado recogido en la LGDCU para proteger a los usuarios especialmente afectados por la omisión de una información que normalmente debería haber sido transparente e igual para todos, para que se cese la práctica desleal actual y futura. Asimismo, se insiste en la necesidad de que se declaren nulos los contratos en los que los viajeros se han visto forzados a aceptar los bonos como única opción y sustitutorios del reembolso (si el mismo se ha adquirido mediante un consentimiento viciado), al no estar al corriente de la información que legalmente les debería haber correspondido, conforme a la normativa europea y nacional.

Para reforzar y recordar las obligaciones que les corresponden a cada una de las compañías en relación con la emisión de los bonos, el ministro de Consumo, Alberto Garzón, remitió una comunicación a las mismas, según la reciente Recomendación C(2020) 3125, con fecha de 13 de mayo. En la misma, la Comisión quiso remarcar los términos y condiciones que debían seguir las aerolíneas para el ofrecimiento de bonos, como alternativa al reembolso de viajes combinados y servicios de transporte cancelados por la actual pandemia.

⁴⁷ La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.

En este sentido, y en relación con el artículo anteriormente citado de la LGDCU referido a la acción de cesación, cabe destacar el recogido en el artículo 49.1 I) de la misma Ley en el que se considera una infracción el uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios, que es, efectivamente lo que sucedió en el ejemplo más arriba citado.

Por otro lado, en relación con la LGDCU, cobra una especial relevancia, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. La misma establece en el artículo 7.1, y cito textualmente: "*se considera desleal la omisión y ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa*".

A modo de recapitulación, cualquier usuario del transporte aéreo tiene, a nivel comunitario, los derechos recogidos en el Reglamento 261/2004 sobre la compensación y asistencia a los pasajeros aéreos, junto a las Directrices Interpretativas que la Comisión Europea publicó el pasado mes de marzo. La Comisión se ha pronunciado sobre el Reglamento 261/2004, para esta situación excepcional, debido a las cancelaciones, retrasos o denegación de embarque debidos al COVID-19. De manera que, reiterando en lo anteriormente expuesto, en los casos de cancelaciones de un vuelo por parte de la compañía, la misma debe ofrecerte un reembolso, que deberá ser efectivo en un plazo de 7 días por parte de la compañía, de conformidad con lo establecido en el Reglamento; un transporte alternativo lo antes posible; o un transporte alternativo en otra fecha que convenga al pasajero.

En este sentido, cabe mencionar a la Agencia Estatal de Seguridad Aérea. Conocido como el AESA, éste es un organismo del Estado, adscrito a la Secretaría de Estado de Transporte del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, que vela por el cumplimiento de las normativas relacionadas con la aviación civil en el conjunto de la actividad aeronáutica de España. En este contexto, AESA ha regulado nuevamente sobre todos los derechos que afectan a los pasajeros en la nueva normalidad que nos rodea. Consideramos esencial pronunciarnos sobre los casos en los que las compañías solo ofrecen bonos a los ciudadanos como única solución. En aquellas situaciones en las que el pasajero se haya visto únicamente con la opción de aceptar el bono ofrecido por su

compañía aérea, el mismo tiene derecho posteriormente a solicitar el reembolso del billete en efectivo a la compañía. Si, la compañía en cuestión no atiende su reclamación puede reclamar gratuitamente ante AESA o en vía judicial. El bono únicamente sería válido si tras haber ofrecido la compañía la opción de reembolso en efectivo o mediante un bono, el pasajero eligió libremente esta última opción.

La AESA, reitero que, es el organismo responsable designado para tramitar reclamaciones relativas al cumplimiento de los Reglamentos a los que anteriormente me he referido: Reglamentos (CE) 261/2004 y 1107/2006. Las controversias surgidas entre los pasajeros y sus respectivas compañías aéreas, sobre asuntos que no se contengan en los citados reglamentos, deberán ser resueltas en los tribunales de justicia. A nivel nacional, los usuarios también tienen sus derechos regulados en las leyes 48/1960, de 21 de julio, sobre navegación aérea y 21/2003, de 7 de julio, de seguridad aérea. Cabe destacar el RDL 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. Normalmente, para el transporte aéreo se acude al Convenio de Montreal.

En último, lugar y no menos importante, tenemos a nivel comunitario también, los siguientes instrumentos para la protección del usuario que se ha venido comentando hasta ahora, estos son: la Directiva 2013/11/UE sobre la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y el Reglamento 524/2013 sobre resolución de litigios en línea.

De modo que, en base a todo lo anterior, como respaldo legal, cualquier viajero o usuario que se haya visto perjudicado por cualquiera de las contingencias que hayan podido causarle la actual crisis, puede hacer valer sus derechos ante cualquier incidencia que pueda surgir en el transcurrir de su vuelo.

12. OCTAVA CUESTIÓN: REEMBOLSO RESERVA DE UN HOTEL

La presente cuestión que se nos plantea viene relativamente relacionada con la anterior, en tanto y en cuanto, lo que se pretende es una devolución íntegra del precio desembolsado anticipadamente de una reserva en un lujoso hotel ubicado en las Islas Baleares (Palma de Mallorca). Tanto la devolución del billete del avión adquirido, como la reserva del hotel, encuentran sus bases legales en el RDL 11/2020, al que anteriormente me he referido.

Si bien es cierto que, el servicio prestado difiere en relación con el anterior, continuamos sobre la base de que se trata de un contrato de prestación de servicio, en el que por una parte tenemos a un hotel que quiere ofrecer un servicio al cliente, o más técnicamente, al consumidor. Continuando sobre el artículo 36 del RDL 11/2020, éste ofrece una alternativa por las especialidades introducidas a causa de la situación actual de la pandemia, sin perjuicio de que, todas aquellas normas básicas reguladas en el Libro IV del Código Civil, o las de los consumidores y usuarios, recogidas fundamentalmente en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, dejen de ser aplicables.

Anteriormente ya he hecho una cita al artículo 36 del citado RDL, por lo que, procederé a analizar el porqué de su aplicación en este supuesto y cuáles son los principales motivos por los que nuestro cliente tiene derecho a que se le devuelva la cantidad previamente desembolsada para la reserva del hotel sin que sea posible que éste último le obligue a que la única posibilidad sea la aceptación de un bono.

Pues bien, como sabemos, dicho artículo se refiere a contratos de compraventa de bienes y prestación de servicios, incluidos los de tracto sucesivo, que hayan sido suscritos por consumidores y usuarios. Dado que es prácticamente imposible que en este caso se pueda llevar a cabo la prestación de servicio por parte del hotel, no puede cumplirse el contrato en cuestión por ninguna de las partes, como consecuencia de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma. Es también por ello, que aplicamos dicho artículo a esta situación, porque si el mismo no estuviera motivado por razón de dichas restricciones y medidas adoptadas por el Gobierno durante ese periodo, conforme a la legislación se debería aplicar las normas civiles ordinarias que anteriormente he citado.

La opción que se nos ofrece, conforme a la Ley, es el derecho que ostentan los usuarios o consumidores afectados a resolver el contrato en el plazo de 14 días desde el día siguiente a aquel en que sea patente que el cumplimiento del contrato resulta imposible, o desde el día 2 de abril (día siguiente a la entrada en vigor del RDL que analizamos, a pesar de que haya sufrido posteriores modificaciones), si el incumplimiento del contrato se produjo con anterioridad a la entrada en vigor del citado RDL.

Las alternativas a la resolución contractual que ofrece el 36.1 es lo que podríamos denominar como una negociación entre ambas partes en las que se pueda restaurar la reciprocidad de los intereses del contrato, ya que cada una de ellas tiene intereses diferentes respecto la una de la otra. Dichas negociaciones únicamente son posibles si las mismas tienen lugar sobre la base de la buena fe. Con ello quiero decir que, si una parte pretende resolver el contrato, pero en realidad cabe soluciones alternativas a dicha resolución que sean capaz de restaurar la reciprocidad de los intereses, no cabrá proceder a resolver el contrato. A modo de anotación, destacar que normalmente la buena fe se presume.

De modo que, en lo que a dichas alternativas a la resolución contractual que ofrece dicho artículo, las mismas difieren en relación al servicio del que se trate. Pero es importante, comentar que, el mismo RDL en su tan conocido artículo 36 en el apartado 2, obliga al empresario a devolver las cantidades pagadas por el consumidor en la misma forma en la que realizó el pago en un plazo máximo de 14 días, a no ser que se hubiera pactado internamente algo distinto entre las partes contratantes.

En el presente supuesto de hecho, es fácilmente apreciable que es imposible que se pueda llevar a cabo la prestación del servicio, dada la excepcionalidad de la situación. Y, además comentar que, aunque la oferta de los bonos ofrecidos por hoteles y compañías aéreas, se haya generalizado, conforme a la ley, no puede imponerse a la otra parte una aceptación obligatoria, puesto que las condiciones de uso de ese bono para un futuro, a mi juicio, no es una compensación adecuada, porque su utilización posterior es imprevisible e incluso puede resultar inutilizable. Por lo tanto, conforme a lo anotado anteriormente y lo adecuado, debería ser el reembolso del importe en efectivo, o en la modalidad que se hubiere efectuado.

Todo lo anterior, también podría apoyarse en la teoría de las obligaciones recíprocas⁴⁸, o sinalagmáticas, que son aquellas en las que se dan una diversidad de vínculos, dado que las partes se obligan recíprocamente una respecto de otras. Normalmente cada una de ellas asume un deber de prestación a título de contrapartida o retribución por las prestaciones de la otra, hasta que el punto que cada una de ellas es acreedora y deudora a la vez. Conforme a la jurisprudencia, para que pueda hablarse de ese tipo de obligaciones, hace falta no sólo que en un mismo contrato se establezcan prestaciones a cargo de ambas partes, sino que la obligación de cada una de ellas haya sido querida como equivalente de la otra, y, consiguientemente se dé entre las mismas una mutua condicionalidad.

Pues bien, si lo extrapolamos a la problemática que nos ocupa podría decirse que se trata de una relación entre dos partes en las que ambas tienen que cumplir con la obligación a la que se comprometió. Ya que, en términos generales se ha contratado un servicio y se ha pagado un precio por ello, esto es, una de las partes ha cumplido con su obligación, pero la otra no ha podido hacerlo, ya que en este caso el hotel está cerrado y no se ha podido ofrecer el servicio en cuestión. Por tanto, el contrato se resuelve por imposibilidad de cumplimiento de una de las partes y legalmente se deberá devolver la prestación que ha recibido.

A modo ilustrativo, uno de los hoteles más lujosos de Palma de Mallorca, es el que se conoce como Victoria Gran Meliá. El mismo ha flexibilizado su política de cancelación y reembolso a sus clientes como consecuencia de la pandemia. Dicha compañía en cumplimiento de lo establecido en la Ley del Mercado de Valores, pone en conocimiento de la Comisión Nacional del Mercado de Valores opciones bastante atractivas para los huéspedes que habían realizado allí sus reservas durante el periodo en cuestión. Por ejemplo, se ofrece a los mismos la posibilidad de cancelar su reserva hasta veinticuatro horas antes de la fecha de entrada sin ningún gasto de cancelación o penalización. Eso sí, cada reserva es un caso específico, y por ello se requiere la verificación de las condiciones específicas de cada una de ellas, ya que puede suceder que algunos hoteles requieran mayor anticipación.

⁴⁸ Sta. de la Sección 3ª de la AP de Tarragona de 30 de julio de 2002 (Rollo 349/2000)

13. NOVENA CUESTIÓN: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ALQUILER DE UN VEHÍCULO

La cuestión que aquí se nos plantea, viene también ligeramente relacionada con las anteriores planteadas, como el reembolso de las cantidades del avión y el hotel reservado por nuestro cliente. Estamos tratando y analizando la prestación de un servicio, por parte de la empresa Hertz a un consumidor, que finalmente dadas las restricciones planteadas por el Gobierno tras la crisis sanitaria del COVID-19 no ha podido llevar y cabo y consiguientemente disfrutar del mismo.

El 7 de marzo, además de las reservas que se realizaron, como el avión y el hotel, se procedió a alquilar un vehículo a la compañía Hertz. Es cierto, que cada compañía ostenta sus propias reglas y políticas de cancelación, pero no cabe olvidar que la mayoría de ellas, las han flexibilizado considerablemente, para que todos los consumidores o clientes que se hayan podido ver afectados, puedan afrontar dicha situación.

Como he comentado, cada una de las compañías ostenta sus propias reglas, pero es indispensable pronunciarse sobre las reglas que generalmente se deberían aplicar al presente caso, y no son otras que las que se ha ido mencionando a lo largo de las últimas tres cuestiones. Este es el famoso RDL 11/2020, considero inoportuno volver a explicar cuáles son las especialidades de dicho decreto, ya que se ha analizado anteriormente de manera bastante profunda las mismas. Pero, no obstante, sí que me gustaría explicar el porqué de su aplicación al presente caso y cuáles son las consecuencias al supuesto que nos rodea.

Para no alejarme mucho, simplemente comentar que el derecho que se menciona en el artículo 36 del mencionado RDL también sería de aplicación al reembolso solicitado por el precio pagado anticipadamente para el alquiler y reserva del coche. Estamos ante una prestación de servicio que, indudablemente es imposible que se pueda llevar a cabo por la crisis sanitaria. De modo que, en aplicación de dicho artículo el consumidor tendría derecho a obtener el reembolso integro abonado por el consumidor por parte del empresario, salvo gastos incurridos debidamente desglosados y facilitados al consumidor, en el plazo máximo de 14 días.

No obstante, sin perjuicio de la aplicación de la regla general que nos sirve indudablemente como base jurídica para entender que el mismo ostentaría el derecho que

acabo de mencionar, también habría que atenerse a las exigencias de cada compañía, y a las medidas que cada una de ellas ha adoptado en cada caso en concreto.

Como la reserva para el alquiler del coche se realizó en Hertz, lo lógico y razonable sería consultar cuales son los derechos que la misma compañía nos ofrece a sus clientes. Pues bien, la compañía ofrece a todos aquellos clientes con reserva que se hayan visto afectados por restricciones de viaje, a cancelar su reserva en cualquier momento o, a retrasar la fecha de la reserva, sin cargo adicional.

La compañía también hace una pequeña especificación a todos aquellos alquileres realizados antes del 13 de marzo del 2020, a que puedan posponer la misma. Sin perjuicio de lo anterior, se remarca el derecho a cancelar, sin ningún cargo en reservas de pago anticipado, si la cancelación se hace al menos con 48 horas de antelación. De modo que, se está ofreciendo a los consumidores una tarifa ampliamente flexible, pues todo aquel que lo desee podrá cancelar (con el plazo fijado por la compañía) y el total del importe que se hubiera abonado en su caso podrá ser reembolsado.

Hertz también se pronuncia acerca de los cargos asociados que pudiera haber en algunos casos determinados. La misma se refiere a aquellos en los que el cliente se decida prioritariamente a modificar la reserva, antes que cancelarla. Pues bien, en estos casos, si algún cargo adicional procediese por el cambio de tarifa solicitado, éste se le aplicará directamente al cliente.

A modo de recapitulación, sin extenderme más allá de todo lo comentado anteriormente, me gustaría hacer una pequeña precisión de los miles de casos de personas que se han encontrado en la situación que estamos analizando. Es cierto, que no son únicamente los consumidores los que se han visto afectados por la no obtención del posible reembolso, en su caso, o las dificultades que sus compañías les hayan podido provocar. El impacto ha salpicado tanto directa como indirectamente a los comercios, especialmente las pymes. Lo primordial es que las partes involucradas en situaciones como la presente, actúen de buena fe y también estar abierto a aceptar soluciones alternativas en caso de que un reembolso inmediato no sea posible. En la situación anormal actual, el entendimiento entre las partes es preferible a un futuro litigio.

14. DÉCIMA CUESTIÓN: SITUACIÓN EN AUSENCIA DEL RD-L 11/2020, DE 31 DE MARZO

Como bien es sabido, el artículo 36 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, ha venido de un cierto modo a paliar y flexibilizar los derechos de consumidores, en relación con los servicios que se habían podido contratar en un tiempo y espacio determinado y que a causa de la emergencia sanitaria provocada por el COVID-19 finalmente no se han podido llevar a cabo.

No obstante, a pesar de que una gran mayoría apoye la nueva legislación aprobada por el gobierno, existe una gran cantidad de autores que la definen como una deficiente intervención legislativa, o, mejor dicho, como una regulación innecesaria, dado que a su juicio, a día de hoy, contamos con una regulación de protección de consumidores lo suficientemente amplia como para dar respuestas a las distintas situaciones que se produzcan derivadas de los incumplimientos contractuales que afecten a consumidores como consecuencia de la crisis sanitaria del COVID-19. Especial mención merece el catedrático de Derecho Civil Javier Orduña el cual considera que lo provocado por el artículo 36 del RD-L ha sido devorar las categorías jurídicas, creando una especie de “monstruo jurídico”, ya sea jurisprudencial o doctrinal.

Ello se puede entender mejor, si entendemos la finalidad de dicho artículo: evitar una resolución masiva de contratos, como consecuencia de la parálisis de la actividad empresarial impuesta por el Estado de Alarma en muchos sectores y las lógicas consecuencias negativas que ello ha provocado en el orden económico.

No obstante, la aplicación automática, ha desencadenado inevitablemente la inaplicación 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 otras leyes complementarias (TRLGCIU) y en las Directivas europeas 2011/83/UE de 25 de octubre de 2011 y la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019.

Uno de los artículos interesantes de la Ley para la Defensa de los consumidores es el 21.1 párrafo segundo, dispone lo siguiente: *“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”*.

Continuando en esta línea, uno de los esenciales es el artículo 66 bis 2 y 3 de la misma Ley anteriormente citada.

El apartado segundo expone que: *“Si el empresario no cumple su obligación de entrega, el consumidor y usuario lo emplazará para que cumpla en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el empresario no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor y usuario tendrá derecho a resolver el contrato [...]”* Asimismo continúa en su apartado tercero: *“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”*.

Por otro lado, consideramos también importante remarcar la importancia del artículo 160.2 del TRLGCIU, el cual menciona que: *“[...] 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”*.

En último lugar, en virtud del artículo 1124 del Código Civil que expone: *“La parte perjudicada podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. Además, si el perjudicado opta por exigir el cumplimiento, podrá pedir la resolución más tarde si el cumplimiento resulta imposible”*.

Pues bien, a modo de síntesis, es perfectamente visible la multitud de opciones que se ofrecen al consumidor, si el artículo 36 del RD-L no se hubiera aplicado a dichas situaciones anteriormente descritas, como son la resolución y reembolso de su contrato de transporte aéreo, de su reserva de hotel, y en último lugar de su contrato de alquiler de vehículo.

Anteriormente, hemos analizado las opciones que se ofrecían a nuestro cliente en virtud de la legislación aprobada por el Gobierno, y concluíamos en todas ellas que, analizando caso por caso, sí que era factible esa devolución y resolución. Eso sí, con una serie de requisitos que había que estudiar minuciosamente para poder aplicarlo.

Pues bien, en virtud de los artículos y legislación que más arriba he citado, la misma nos ofrece también varias soluciones y alternativas, que si no se hubiera aplicado el RD-L, también habrían sido bastante favorables al consumidor.

Es decir, se está facultando a los consumidores a resolver los contratos si los prestatarios no cumplen con su obligación y no prestan el servicio correspondiente. En estos casos se podría perfectamente resolver los contratos y posteriormente solicitar que te reembolsen, sin demora alguna, todas las cantidades abonadas por los consumidores o usuarios en virtud del contrato en cuestión.

15. BIBLIOGRAFÍA

1. Francisco Javier Orduña Moreno. (1 de julio de 2020). Cláusula Rebus y Modernización del Derecho Contractual: tratamiento doctrinal y jurisprudencial. Libro: Francis Lefebvre.
2. Capdevila, E. B. (2020). Precontrato de opción y derecho real de opción/Precontract of option and right in rem of option. *Revista de Derecho Civil*, 7(4), 51-98.
3. Marta Gonzalez Llano y Álvaro Viguera Revuelta. (2012). Acreditación del Ejercicio de la Opción de Compra. *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº10/2012, pag 1-8.
4. Soler Suástegui, R., & Ramírez Escamilla, J. (2020). El COVID-19 y la teoría de la imprevisión.
5. Rosa Adela Leonseguí Guillot. (2012). Contrato de opción y circunstancias sobrevenidas: tensiones entre el principio de estabilidad y equidad contractual según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. *V-Lex*, Número 773, 2892-2915.
6. César Ramírez. (2020). Cláusulas MAC en la era del COVID-19. de Cesar Ramirez Sitio web: <https://www.cesarramirez.blog/2020/05/25/clausulas-mac-en-la-era-del-covid-19/>
7. Rosa Adela Leonseguí Guillot. (2012). 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*, nº10, 1-32.
8. Pedro Moreno. (8 enero de 2017). El Supremo sobre la caducidad del derecho de opción de compra. 2017, de Argo Asociados Sitio web:

- <http://www.argoasociados.com/es/post/51/el-supremo-sobre-la-caducidad-del-derecho-de-opcion-de-compra/>
9. La opción de compra inscrita. (2017). La opción de compra inscrita. 2017, de V-Lex Sitio web: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/vii-opcion-compra-inscrita-248285>
 10. Solanes, M. Y. (1989). El derecho de opción. *Anuario de derecho civil*, 42(4), 1225-1268.
 11. 65 y Mas, S.L. (2020, 20 abril). Los notarios proponen la autorización de testamentos por videoconferencia durante la pandemia. 65 Y Mas. https://www.65ymas.com/sociedad/notarios-proponen-autorizacion-testamentos-por-videoconferencia_14614_102.html
 12. Lanzón, I. G. (2020, 28 marzo). La función notarial en tiempos del Corona: qué son actuaciones urgentes. Hay Derecho. <https://hayderecho.expansion.com/2020/03/19/la-funcion-notarial-en-tiempos-del-corona-que-son-actuaciones-urgentes/>
 13. Fernández, B. G. (2020). El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español. *Anuario de derecho civil*, 73(2), 455-490.
 14. La Moncloa. 1/06/2020. Consumo interpone la acción de cesación contra 17 aerolíneas por práctica comercial desleal [Prensa/Actualidad/Consumo]
 15. Pérez Martell, R. (2020). Cancelaciones en las aerolíneas y COVID-19:¿ Cómo reclamar?. *The Conversation*.
 16. Velázquez Díaz, A. (2020). Consumidores y usuarios de transporte aéreo ante la Covid-19.
 17. González Cabrera, I., & Gómez Lozano, M. D. M. (2020). Viajes, bonos y COVID. Algunas reflexiones transitorias.

18. Barreira, K. M. (2020, 15 abril). Coronavirus y turismo. Cancelaciones y responsabilidad de las empresas. <http://derechodelturismo.net/ver/593/coronavirus-y-turismo-cancelaciones-y-responsabilidad-de-las-empresas>.
19. Rosales, F. (2016, 27 junio). *Mandatario verbal - Notario Francisco Rosales*. El Blog de Francisco Rosales | Notario de Alcalá de Guadaíra. <https://www.notariofranciscorosales.com/mandatario-verbal/>
20. Sánchez García, J. (2020). *Comentarios artículo 36 del RDL 11/2020 sobre el derecho de resolución de determinados contratos sin penalización por parte de los consumidores y usuarios*. <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-derecho-de-los-los-consumidores/comentarios-articulo-36-del-rdl-11-2020-sobre-el-derecho-de-resolucion-de-determinados-contratos-sin-penalizacion-por-parte-de-los-consumidores-y-usuarios/>
21. Esteve Bosch Capdevila. (julio-septiembre, 2020). PRECONTRATO DE OPCIÓN Y DERECHO REAL DE OPCIÓN. Revista de Derecho Civil, vol. VII, núm.4, Estudios, pp. 51-98.