

GABINETE DE CRISIS EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL

(Propuesta de regulación legal de la excesiva onerosidad de la prestación y de la frustración del fin del contrato a la luz de la jurisprudencia sobre la cláusula “*rebus sic stantibus*”)

21 de abril de 2020

La Fundación para la Investigación del Derecho y la Empresa (FIDE), es un proyecto colectivo nacido en el seno de la sociedad civil con una vocación claramente definida: ser un lugar de encuentro para las empresas, la administración pública y los profesionales independientes.

Desde FIDE, se han puesto en marcha desde el inicio de la crisis del COVID-19, una serie de grupos de trabajo dirigidos a analizar desde distintas perspectivas, las consecuencias presentes y futuras, tanto jurídicas, como económicas y sociales, que inevitablemente acompañarán a la crisis sanitaria provocada por la pandemia.

FIDE considera indispensable el papel protagonista que debe asumir la sociedad civil en la toma de decisiones, y más aún, en una situación tan excepcional como la que acontece en estos instantes.

Con este objetivo, se puso en marcha el Gabinete de crisis en materia civil y mercantil, que ha trabajado y sigue trabajando en ideas, alternativas y posibles soluciones para aquellas innumerables relaciones jurídicas en curso que se verán afectadas por la compleja situación económica y jurídica que acompaña a la crisis sanitaria, procurando que el Derecho abandone su característica función reactiva, para anticiparse a los acontecimientos y garantizar la cohesión social, la dinamización de la economía, y, en definitiva, la seguridad jurídica.

Como resultado de las reuniones mantenidas hasta la fecha, FIDE ha decidido poner a disposición de los interesados, la primera propuesta del Grupo, consistente en la positivización de la cláusula “*rebus sic stantibus*”.

La propuesta recoge básicamente la jurisprudencia más reciente de la sala 1ª del Tribunal Supremo sobre la “*rebus*”, aunque se inspira también en propuestas de regulación preexistentes, señaladamente la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos y los Principios Europeos de Derecho de Contratos. Considera que el decreto-ley es la fórmula adecuada para aprobar esta regulación, porque resulta notorio su presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad. Asimismo, parece razonable que la regulación urgente se ciña a los casos derivados de la pandemia del Covid-19 y de la situación económica que se va a derivar de ella. Una regulación con vocación de permanencia podría y debería ser madurada con más tiempo. La propuesta tiene una idea central: aunque se advertirá que se centra en la situación litigiosa, lo que se trata cabalmente es de evitarla, de que las partes lleguen a acuerdos razonables de renegociación de los contratos y que las pretensiones de revisión y de resolución ejercitadas judicialmente sean excepcionales. Abogados y jueces tienen la misión de hacer ver a nuestros conciudadanos que en esta gravísima situación lo más beneficioso en todos los casos no solo para la sociedad sino para ambos concretos contratantes es llegar a acuerdos.

Hacemos una propuesta articulada porque consideramos que la urgencia lo aconseja, pero se trata desde luego de una propuesta abierta, para abrir un debate, aunque sea obviamente con mayor premura que en otras circunstancias.

Propuesta de borrador de Real Decreto-Ley

La propagación de la pandemia del Covid-19, un fenómeno excepcional, inesperado y de una enorme magnitud, ha provocado unos trágicos efectos en la salud de los ciudadanos, con numerosos fallecidos y un elevadísimo número de afectados. Para luchar contra la pandemia, el Gobierno se ha visto en la necesidad de ordenar restricciones de la movilidad de las personas, lo que en muchos casos ha exigido poner fin a la actividad laboral o empresarial que se estaban desarrollando, con el cierre de establecimientos y un confinamiento sin posibilidad de realizar actividad laboral alguna.

Estas circunstancias han tenido unos terribles efectos sociales y unas consecuencias económicas como nuestras generaciones no han conocido, que afectan al empleo, con cientos de miles de despidos y a la actividad empresarial, con enormes dificultades para la supervivencia de muchas industrias y, sobre todo, de pequeñas y medianas empresas y de la actividad de trabajadores autónomos.

Por todo ello, con seguridad se van a ver afectadas las bases de muchos negocios jurídicos por imposibilidad absoluta de cumplirlos en sus propios términos, o por implicar una excesiva carga que rompería el equilibrio de las prestaciones poniendo en entredicho el fin del contrato.

Así las cosas, el Gobierno, con el fin de dar adecuada respuesta a esta situación excepcional, establece una regulación que pretende fijar unas vías adecuadas para el tratamiento jurídico de los cambios extraordinarios e imprevisibles que se hubieran provocado por la pandemia en los negocios civiles y mercantiles.

Artículo Único. Excesiva onerosidad de la prestación o frustración del fin del contrato.

1. Sin perjuicio de lo que pueda disponerse en normas especiales, si como consecuencia de la pandemia del Covid19 o de la situación económica causada por ella, las circunstancias que sirvieron de base a un contrato civil o mercantil hubieran cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, tendrá el derecho y la carga de solicitar la renegociación del contrato. Las partes deberán negociar objetivamente de buena fe durante un plazo prudencial.
2. En caso de no llegarse a un acuerdo la parte perjudicada por el mantenimiento del contrato podrá pretender su revisión, y si esta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución.
3. La pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato.

4. No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda la revisión o la resolución de un contrato con base en lo dispuesto en los apartados anteriores si a la misma no se acompaña un principio de prueba del intento de negociación.
5. Si entablado un litigio una de las partes obtuviera por sentencia o resolución análoga un resultado menos favorable que el de una oferta de transacción formulada por la otra parte, tanto antes como durante el pleito, será condenada al pago de las costas devengadas con posterioridad al rechazo de la oferta.
6. El rechazo de mala fe por una parte de una oferta de renegociación del contrato formulada por la contraria dará lugar a la indemnización de los daños y perjuicios causados, tanto si finalmente se revisa como si se resuelve el contrato.

MIEMBROS INTEGRANTES DEL GABINETE DE CRISIS EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL

Tanto la reflexión sobre la procedencia de regular la citada cláusula como la presente propuesta de redacción alcanzada por el Grupo son el resultado del trabajo y de los debates mantenidos por los integrantes que se destacan a continuación. Nos hacemos solidarios con el conjunto de la propuesta. La propuesta se firma a título personal y no representa la posición oficial de las instituciones a las que pertenecemos.

Cristina Jiménez Savurido. Presidente y fundadora de la Fundación para la Investigación del Derecho y la Empresa (Fide). Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Mediadora acreditada por CEDR, Centre for Effective Dispute Resolution de Londres.

Amanda Cohen Benchetrit. Magistrada especialista por el Consejo General del Poder Judicial en asuntos propios de lo mercantil, ostentando su destino dentro de la carrera judicial en la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección Primera), donde ocupa plaza reservada a especialista mercantil. Desde febrero de 2018, asesora en el Ministerio de Justicia (Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional) en temas mercantiles, habiendo intervenido como experta en las negociaciones en la Unión Europea del denominado “Company Law Package” y de la Propuesta de Directiva sobre reestructuración de deudas y segunda oportunidad, entre otras. Asesora, asimismo, al Ministerio de Economía (Tesoro) en la negociación ante el Consejo de la UE de la Propuesta de Directiva sobre ejecución acelerada de garantías financieras (AECE) y asiste como técnica a los Ministerios de Justicia y de Asuntos Exteriores en la elaboración de informes relativos a las cuestiones prejudiciales que se plantean en materia de insolvencia, sociedades y derecho bancario.

Víctor Moreno Catena. Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid y abogado. Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación y presidente de la Unión Española de Abogados Penalistas. Of Counsel de Moreno & Venturi Abogados. Miembro del Consejo Académico de FIDE.

José María Blanco Saralegui. Licenciado en Derecho por la Universidad de Navarra en 1997, accedió a la Carrera Judicial por oposición libre en 1999 y es especialista en asuntos mercantiles por el CGPJ desde 2006. Ha ocupado destinos en El Vendrell, Telde, Tarragona, Orense, Pontevedra y en los juzgados mercantiles de Vigo y Madrid. Ha publicado una treintena de artículos, ha participado en obras colectivas, en materia concursal y procesal, y ha intervenido en más de un centenar ponencias y comunicaciones científicas en congresos. Colabora con el Servicio de Formación del CGPJ y es profesor en varios másteres universitarios en la Universidad de Vigo y tutor de practicum de las universidades Rey Juan Carlos y Carlos III de Madrid.

Ignacio Díez-Picazo Giménez. Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid. Abogado y Socio Director de Díez-Picazo Abogados. Miembro excedente del Cuerpo de Letrados del Tribunal Constitucional. Vocal permanente de la Sección Quinta de Derecho Procesal de la Comisión General de Codificación. Académico correspondiente y miembro de la Sección de Derecho Procesal de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Miembro del Consejo Académico de Fide.

Carlos Fuerte Jiménez. Se graduó en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid y cursó un Máster en Derecho de la Empresa en la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE). Durante sus estudios universitarios trabajó en el departamento legal de Mercer (Marsh & McLennan Companies). Posteriormente se incorporó al despacho de abogados, Jesús Almoguera y Asociados, donde trabajó principalmente en asuntos de derecho procesal y concursal. Actualmente, trabaja en el departamento de corporate de DLA Piper Spain. Colaborador de Fide.