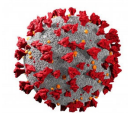
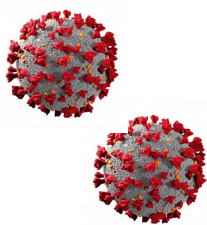


Empresa Transitaria

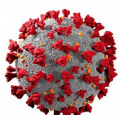
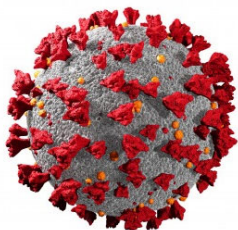
EL ANUARIO DE LOS OPERADORES LOGISTICOS

Núm. 18

Julio 2020



DESPUÉS DEL COVID-19

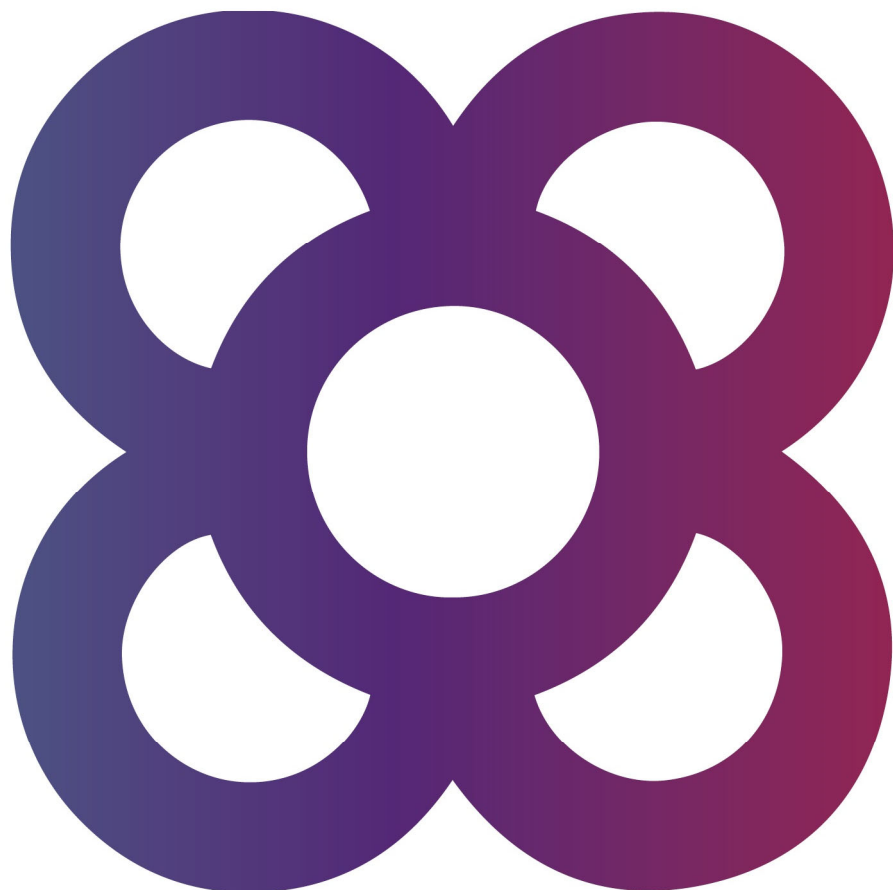


BNEW

BARCELONA NEW ECONOMY WEEK

2020

6-9 octubre



BNEW **BNEW** **BNEW** **BNEW** **BNEW**
LOGISTICS DIGITAL INDUSTRY REAL ESTATE ECOMMERCE ECONOMIC ZONES

Organizado por:

ZF | CONSORCI
barcelona
ZONA FRANCA

www.bnewbarcelona.com

INDICE

EDITORIAL · Ensayo general

Enric Ticó

Pág. 4

Presidente FETEIA-OLTRA

The future of freight forwarders is ever evolving

Basil Pietersen

Pág. 7

Presidente FIATA

CLECAT calls for transparency and fair play in times of Recovery

Willem Van der Schalk

Pág. 11

Presidente CLECAT

Level playing field in the maritime logistics chain
should be a priority for EU regulators

Günther Bonz

Pág. 15

Presidente FEPORT

El COVID-19 y la modificación o resolución de
resoluciones contractuales

Manuel M Vicens

Pág. 19

Secretario General y Asesor Jurídico FETEIA-OLTRA

Edita:

FUNDACIÓN FETEIA

Vía Laietana, 32-34 · 4º · 08003 BARCELONA

Tel. +34 932 689 430 · feteia@feteia.org · www.feteia.org

Editorial

Ensayo general

Sinceramente no creo que después de la crisis del Covid-19 vaya a haber cambios significativos en lo que a la logística se refiere. No los habrá porque ya se estaban produciendo. Estos meses han sido un ensayo general, una puesta de largo de tendencias que ya estaban ahí, y que ahora hemos precipitado, nos gusten o no. Sería muy simple resumirlo en los avances tecnológicos que nos permitirán trabajar mejor y rebajar costes (teletrabajo), dar más seguridad a la cadena de suministro (blockchain, documentación electrónica). Creo que esta crisis ha puesto de manifiesto, por ejemplo, que las cadenas logísticas en las que han intervenido profesionales cualificados, que conocen el mercado y a sus clientes han sido las más resilientes. Alguna administración ha hecho soberanamente el ridículo, pensando que el comercio internacional podía ser llevado a cabo por personas sin experiencia.



Eric Ticó
Presidente FETEIA-OLTRA

FETEIA, desde el primer momento, se puso a disposición del sector público para colaborar desinteresadamente en cualquier gestión para mejorar y asegurar los envíos urgentes que se debieron asumir, especialmente durante las primeras semanas.

El mundo entero, y muy especialmente nuestro sector, deberá tener un dominio significativo de las nuevas tecnologías para poder hacer frente a los inconvenientes que pudiera originar cualquier otra contingencia que se presente en el futuro, ya sea ésta en forma de microbio, situaciones bélicas, pugnas arancelarias, la pobreza y los tristes desequilibrios sociales y territoriales que padecemos, el Brexit, los desajustes ocasionados por el cambio climático... o ¿por qué no plantearnos una posible amenaza del espacio exterior... como por ejemplo un meteorito? Alguno de ustedes podría esbozar una sonrisa al leer este comentario, pero quién nos iba a decir que un ser diminuto e intangible iba a tener a todo el planeta en jaque durante meses. Hay que estar preparados...

Si desmenuzamos un poco la cadena logística, con la mirada de los distintos modos y servicios que la integran, se nos plantean muchas dudas y alguna certeza:

El modo FERROVIARIO ha sido una pieza clave para asegurar el mantenimiento de los suministros. Si bien también sufre las consecuencias perversas del cambio climático, se ha mostrado como una alternativa segura, eficiente y sostenible. En Europa debemos avanzar en la puesta en marcha de más y mejores terminales multimodales, que faciliten el intercambio modal, pensando también en el ferrocarril como medio más adecuado para penetrar en las grandes ciudades, y ser así el último eslabón de la distribución urbana de mercancías.

La CARRETERA ha tenido un comportamiento heroico. Hay grandes profesionales tanto en los equipos directivos como al volante. Siempre será un medio de referencia, pero deberá trabajar más cerca del transporte ferroviario y del cabotaje marítimo.

En cuanto al modo MARÍTIMO , a finales de agosto veremos los efectos de la apertura de los mercados y de la recuperación de la actividad económica, justo cuando empieza la campaña navideña (logísticamente hablando). Si no pasa nada grave -esperemos-, la actividad económica se recuperará. Veremos si el ser humano tropieza por enésima vez con la misma piedra, o bien nos damos cuenta de que no podemos depender de un único proveedor. En el caso de que produzca un cierto reequilibrio industrial, un aumento del consumo kilómetro cero, veremos la aparición de cadenas de transporte menos sofisticadas, más útiles y más próximas. El Barco es uno de los responsables -no el único- del cambio climático, y es de esperar que la Unión Europea (como lo está haciendo Japón), apueste por la descarbonización en este ámbito, con ayudas directas imprescindibles.

Los Fletes se aguantan en sus niveles. Los armadores ya tienen bastante con aguantar los servicios. Cancelando salidas mantienen el nivel de fletes. Los recargos por uso de combustibles nuevos han desaparecido. Los “grandes” tratan de recortar costes como sea. Atentos a la iniciativa “e-Bill of Lading” de DCS (Destination Control Statement).

Los puertos no lo tienen fácil. Las terminales independientes lo van a pasar mal. Las dedicadas o subsidiarias de armadores principales tampoco lo pasarán muy bien con unos ingresos a la baja. El objetivo: la electrificación, el fomento de la intermodalidad, asegurar la conectividad y concluir la digitalización.

Respecto de la carga AÉREA podemos suponer que se va a profundizar en algunas tendencias actuales, tales como: una mayor digitalización de los procesos, e-awb y más adelante e-freight, Comercialización dinámica de los espacios para carga en vuelo por parte de las compañías aéreas y agentes generales de ventas. Por otro lado, es de prever que, con motivo de las circunstancias económicas globales, se produzca una cierta clarificación y concentración en los distintos sectores que intervienen en la cadena logística, transportistas aéreos, agentes generales de ventas y agentes de carga, lo que traerá una nueva situación que habrá que monitorizar estrechamente.

Hay cierta preocupación por aspectos que pueden incidir directamente en el negocio de la carga aérea, como por ejemplo: la continuidad de las guerras comerciales entre distintos bloques, la tendencia al aprovisionamiento de proximidad, una menor dependencia del “just in time” por parte de la industria. Y una opinión muy personal: adiós a los grandes aviones.

En lo que respecta a las ADUANAS, pieza clave que impulsa o lastra la competitividad de nuestras infraestructuras, hace pocos días desde FETEIA tuvimos una constructiva reunión con la Directora General del Departamento, en la que constatamos el magnífico servicio que se ha prestado durante la crisis. Buenos profesionales, sin duda. Pensamos que es el momento de promocionar las figuras de Exportador Autorizado y Exportador Registrado (REX) para reducir el número de certificados de origen preferencial expedidos en papel, fomentar las ventajas para los OEAS de modo que puedan llevar a cabo algunas tareas propias de la aduana, como por ejemplo toma de muestras por los propios ADTs certificados OEA de “Protección y seguridad”, la posibilidad de convalidar precintos de las propias navieras OEA para identificar mercancías en régimen de tránsito, la creación del Observatorio de Aduana, una mejora de la coordinación entre los operadores, la Aduana, los servicios de inspección en frontera, los puertos, los aeropuertos.

Me gusta resumir los retos que se nos plantean, en dos palabras: Tecnología, de la que ya he hablado en este artículo, y Talento. El talento que hemos demostrado los transitarios para asegurar el funcionamiento de la Cadena Logística, haciendo gala de pensamiento lateral -buscando soluciones, provengan del sector que provengan- y sistémico - el transitario es el único que ve la integridad de la cadena logística, y por tanto sabe en qué punto se encuentra el escollo, y como superarlo- hemos ofrecido soluciones a nuestros clientes, en una cada vez más amplia gama de servicios. Sin duda los transitarios vamos a tener un papel importante en cuanto a la recuperación de la normalidad se refiere y que a mi modo de ver podría hacerse realidad antes de lo que mucha gente cree. Pero no todo depende de nuestro esfuerzo.

Para dar el decisivo paso hacia adelante, necesitamos tres cosas de la Administración: ayudas económicas, especialmente para las PYMEs del sector, la desburocratización de los trámites administrativos y controles inadecuados y sobretodo, evitar modificaciones normativas que se producirían en momentos en los cuales nuestra atención, nuestra lucha, debe centrarse en la recuperación. ■



Seguimos adelante.

Gracias

**a nuestros clientes
por su confianza.**

**Y a todas las personas que
trabajan en el Puerto de Bilbao,
y en el sector del transporte
y de la logística,
por su **compromiso.****

**Bilbao
PORT** **B**

Bilboko Portuko Agintaritza | Autoridad Portuaria de Bilbao



The global voice of freight logistics

The future of freight forwarders is ever evolving



Basil Pietersen

Presidente FIATA

“The only constant in life is change.” This cannot be truer in the world of logistics and transportation. Over the past 50 years, we have witnessed the evolution of the industry before our eyes. The mechanisation to streamline processes of material handling, the development of container services to allow enough warehousing and storage facilities, the arrival of reliable steamships and affordability of large freight aircrafts, and

the development of technology which catapulted logistics into a networking industry phenomenon; this is how the industry has evolved.

New technologies have changed the landscape of logistics and transportation. The arrival of the internet allowed logistics service providers and freight forwarders to deliver end-to-end shipment visibility with all carriers complying with streamlined documentation. Modern freight forwarding services now allow for value added services that are beneficial particularly for shippers and were impossible to even imagine just a few decades ago. eCommerce has also reshaped trade, and consequently our industry – bringing big challenges and huge opportunities. Regardless of the changes, however, freight forwarders have adapted and always managed “keep cargo moving”.

At FIATA, we call ourselves the “architects of transport” because we orchestrate the whole operation. We are responsible for the carriage, consolidation, storage, handling, packing and distribution of goods, including but not limited to customs and fiscal matters. We are at the forefront of the supply chain delivering an essential service, and today, are part of a truly global industry. We know that the key to remaining relevant in an ever-evolving world is to evolve with it – and keep moving fast. We must therefore continue to embrace logistics connectivity and digital trends that support trade facilitation and help us reach our objectives.



The global voice of freight logistics

The goal of the freight forwarder and the principles that we operate on have practically not changed since inception. This is still a business of moving goods from one point to another at the service of trade. The freight forwarder is in a fortunate position to create their own demand by offering a superior level of service. As trade continues to grow in importance and digital tools become available, forwarders will continue to provide that added value to their customers as long as they remain agile and up to date and continue to adapt to the world's changes.

The future of the industry will be shaped by new technologies and the next generation. We must do our part in building a successful and sustainable industry that will be there for the forthcoming wave of freight forwarders to take to the next level. This is why learning and training is a vital component of the work we carry out in our organisation. The FIATA Diploma of freight forwarders is a worldwide endeavour that enables thousands of young professionals to pursue opportunities that will equip them with the knowhow of industry standard procedures. This is how we remain relevant.

In these uncertain times, as the world prepares to recover from a global crisis, trade facilitation measures are key to rebuilding a stronger international trade community and reviving economies. Freight forwarders must continue to operate and adapt their businesses to ensure essential goods and resources can move to where they are needed at any given time. The unity and close collaboration of all trade and transport stakeholders under FIATA's leadership is key to building a stronger and more resilient global supply chain. ■



Schaffhauserstr, 104

CH-8152 Glattbrugg

Suiza

T. +41 (0) 43 211 65 00

info@fiata.com



The global voice of freight logistics

El futuro de los transitarios está en constante evolución

"La única constante en la vida es el cambio". Esto no puede ser más cierto en el mundo de la logística y el transporte. En los últimos 50 años hemos sido testigos de la evolución de la industria ante nuestros ojos. La mecanización para agilizar los procesos de manejo de materiales, el desarrollo de servicios de contenedores para permitir suficientes instalaciones de almacenamiento, la llegada de barcos de vapor confiables, la asequibilidad de los grandes aviones de carga, y el desarrollo de tecnología que catapultó la logística a un fenómeno de la industria de redes; así ha evolucionado la industria.

Las nuevas tecnologías han cambiado el panorama de la logística y el transporte. La llegada de Internet permitió a los proveedores de servicios de logística y a los transitarios entregar el envío puerta a puerta con claridad y con todos los transportistas que cumplen con la documentación simplificada. Los servicios modernos de transporte de carga ahora permiten servicios de valor agregado que son beneficiosos particularmente para los cargadores y que eran imposibles de imaginar hace solo unas décadas. El comercio electrónico también ha reestructurado el comercio y, en consecuencia, nuestra industria, trayendo grandes desafíos y enormes oportunidades. Sin embargo, independientemente de los cambios, los transitarios se han adaptado y siempre han logrado "mantener la carga en movimiento".

En FIATA, nos llamamos los "arquitectos del transporte" porque organizamos toda la operación. Somos responsables del transporte, consolidación, almacenamiento, manipulación, embalaje y distribución de bienes, incluidos, entre otros, asuntos aduaneros y fiscales. Estamos a la vanguardia de la cadena de suministro que brinda un servicio esencial, y hoy somos parte de una industria verdaderamente global. Sabemos que la clave para seguir siendo relevantes en un mundo en constante evolución es evolucionar con él, y seguir avanzando rápidamente. Por lo tanto, debemos continuar adoptando la conectividad logística y las tendencias digitales que apoyan la facilitación del comercio y nos ayudan a alcanzar nuestros objetivos.

El objetivo del transitario y los principios con los que operamos prácticamente no han cambiado desde el inicio. Esto sigue siendo un negocio de mover bienes de un punto a otro al servicio del comercio. El transitario está en una posición afortunada de crear su propia demanda al ofrecer un nivel superior de servicio. A medida que el comercio sigue creciendo en importancia y las herramientas digitales están disponibles, los promotores continuarán brindando ese valor agregado a sus clientes mientras se mantengan ágiles y actualizados y continúen adaptándose a los cambios del mundo.



The global voice of freight logistics

El futuro de la industria estará determinado por las nuevas tecnologías y por la próxima generación. Debemos hacer nuestra parte en la construcción de una industria exitosa y sostenible que estará allí para que la próxima ola de transitarios la lleve al siguiente nivel. Es por eso que el aprendizaje y la capacitación son un componente vital del trabajo que llevamos a cabo en nuestra organización. El Diploma FIATA de transitarios es un esfuerzo mundial que permite a miles de jóvenes profesionales buscar oportunidades que los equiparán con el conocimiento de los procedimientos estándar de la industria. Así es como seguimos siendo relevantes.

En estos tiempos inciertos, mientras el mundo se prepara para recuperarse de una crisis mundial, las medidas de facilitación del comercio son clave para reconstruir una comunidad comercial internacional más fuerte y revitalizar las economías. Los transitarios deben continuar operando y adaptando sus negocios para garantizar que los bienes y recursos esenciales puedan trasladarse a donde se necesitan en cualquier momento. La unidad y la colaboración estrecha de todas las partes interesadas en el comercio y el transporte bajo el liderazgo de FIATA es clave para construir una cadena de suministro global más fuerte y resistente. ■



CLECAT calls for transparency and fair play in times of Recovery



Willem van der Schalk

President CLECAT (*European Association for Forwarding, Transport, Logistics and Customs Services*)

COVID-19 has quickly emerged as the number one risk to global activity and there is overall recognition that this crisis will be longer, deeper and more transformational than expected. Lock-downs have drastically reduced the level of economic activity and there is great uncertainty about the rate and the nature of economic recovery. At the time of writing this the relaxation of the measures has started and CLECAT warns for further uncoordinated border re-openings and national responses in the EU, which could cause

another wave of disruptions. High risks also remain of bankruptcies for small and medium sized businesses.

Projections for global forwarding indicate an extremely challenging year ahead for forwarders. In particular, the air freight forwarding will continue through tough times in view of the wider economic slowdown. Freight forwarders in sea freight are now hit by the vulnerability of the container supply chain. Blanked sailings have reached an all-time high as carriers are reducing capacity to match demand. Trade volumes are expected to remain volatile and moderate in 2020 and beyond and it remains to be seen whether the much discussed trade patterns will change. Much will depend on the future importance of China in global trade and whether COVID19 will have a wider impact on globalisation. Apart from this gloom picture on the near future it is hoped that the crisis will impact the freight forwarding industry also in a more positive way, building on indicators for increased resilience, visibility and sustainability.

We will no doubt see more and more freight forwarders expanding in ecommerce business. This is already a growing market today, but it may go even faster because of Covid19 and recent growth figures. This will not be the case for the large LSPs only but equally for the medium sized and smaller forwarders and customs agents who are providing more and more of these services.

The growth comes from different developments: ecommerce has evaluated from smaller transactions, often B2C or C2C, traditionally making use of parcel or postal services to more complex supply chains. The demand for more professional and holistic services, often provided by logistics service providers and freight forwarders has herewith increased. Regulators from around the world are seeking to catch up in regulatory efforts to ensure revenue collection, public safety and security.

But there are also perceived threats. In the sea freight market carriers are seeking to maximise their earnings from inland logistics with little regard for their forwarding customer base. But also in this market there are remaining opportunities for freight forwarders driven by the need to go paperless. Over the last couple of months we have seen private initiatives, initiated by freight forwarders, offering a secure controlled end-to-end solution, where documents are no longer exchanged physically or digitally, but instead the relevant data is shared and distributed using blockchain technology under single ownership principles determined by the type of information. In front of lines' platform solutions, which forwarders are reluctant to buy into, forwarders need to continue to invest in software solutions that add significant value for their customers. And again, the current crisis shows the need for solutions that give visibility of supply chains to customers.

The third opportunity is in becoming greener as an industry and the European Commission will not cease with its Green Deal proposals, beyond some possible initial delays this year. Transforming the transport sector is essential to the success of the European Green Deal. Investments into sustainable energy now already outpace the investments in old energy but much more is needed in terms of investment, innovation and preparation. The question remains whether Europe can afford a green deal in the current crisis? There is no doubt that over the next couple of years, the pathway to fully decarbonised road and rail freight will be mapped out and more and more companies will be choosing CO2 as a key indicator of supply-chain resilience and efficiency. It is an interesting indicator which is non-negotiable, unlike prices. It would also support forwarders to be prepared for the future where a CO2 footprint translate in money.

The Chinese use two brush strokes to write the word 'crisis.' One brush stroke stands for danger, the other for opportunity. In a crisis, be aware of the danger — but recognize the opportunity. This is certainly the case for freight forwarding where beyond the quick fixes, there are opportunities for new businesses. ■



Rue du Commerce, 77

1040 Brussels

Bélgica

T. +32 2503 4705

info@clecat.org

CLECAT pide transparencia y juego limpio en tiempos de recuperación

La COVID-19 se ha convertido rápidamente en el riesgo número uno para la actividad mundial y existe un consenso general de que esta crisis será más prolongada, profunda y transformadora de lo esperado. Los lock-downs han reducido drásticamente el nivel de actividad económica y existe una gran incertidumbre sobre la tasa y la naturaleza de la recuperación económica. Al momento de escribir esto, la relajación de las medidas ha comenzado y CLECAT advierte sobre las nuevas reaperturas de fronteras no coordinadas y de las respuestas nacionales en la UE, que podrían causar otra ola de interrupciones. También persisten altos riesgos de quiebras para pequeñas y medianas empresas.

Las proyecciones para nuestro sector a nivel global indican un año extremadamente complicado para los transitarios. En particular, el tránsito aéreo continuará con turbulencias debido a la desaceleración económica a nivel más amplio. Los agentes de carga en el transporte marítimo ahora se ven afectados por la vulnerabilidad de la cadena de suministro de contenedores. Los viajes cancelados –blank sailings– han alcanzado un máximo histórico ya que los transportistas están reduciendo la capacidad para satisfacer la demanda. Se espera que los volúmenes comerciales sigan siendo volátiles y moderados en 2020 y más allá, y queda por ver si cambiarán los patrones comerciales tan discutidos. Mucho dependerá de la importancia futura de China en el comercio mundial y de si la COVID19 tendrá un impacto más amplio en la globalización. Además de este panorama sombrío sobre el futuro cercano, se espera que la crisis afecte a la industria de transporte de carga también de una manera más positiva, basándose en indicadores de una mayor resiliencia, visibilidad y sostenibilidad.

Sin duda, veremos más y más transitarios expandiéndose en el negocio del comercio electrónico. Este ya es un mercado en crecimiento hoy en día, pero puede ir aún más rápido debido a la Covid19 y las recientes cifras de crecimiento. Este no será el caso solamente para los LSP grandes, sino también para los agentes de aduanas y agentes de aduanas medianos y pequeños que están proporcionando cada vez más de estos servicios. El crecimiento proviene de diferentes desarrollos: el comercio electrónico se ha evaluado a partir de transacciones más pequeñas, a menudo B2C o C2C, que tradicionalmente utilizan servicios de paquetería o postales para cadenas de suministro más complejas. La demanda de servicios más profesionales y holísticos, a menudo proporcionados por proveedores de servicios de logística y agentes de carga, ha aumentado. Los reguladores de todo el mundo buscan ponerse al día en los esfuerzos regulatorios para garantizar la recaudación de ingresos, la seguridad pública y la seguridad.

Pero también se perciben amenazas. En el mercado del transporte marítimo, los operadores buscan maximizar sus ganancias en la logística interior con poca consideración para con su base de clientes transitarios. Pero también en este mercado quedan oportunidades para los agentes de carga impulsados por la necesidad de no utilizar papel. En los últimos meses, hemos visto iniciativas privadas, iniciadas por agentes de carga, que ofrecen una solución segura y controlada de extremo a extremo, donde los documentos ya no se intercambian física o digitalmente, sino que los datos relevantes se comparten y distribuyen utilizando la tecnología blockchain. bajo principios de propiedad única determinados por el tipo de información. Frente a las soluciones de plataforma de líneas, que los promotores son reacios a comprar, los promotores deben continuar invirtiendo en soluciones de software que agreguen un valor significativo para sus clientes. Y nuevamente, la crisis actual muestra la necesidad de soluciones que den visibilidad de las cadenas de suministro a los clientes.

La Tercera oportunidad es volverse más verde como industria y la Comisión Europea no cesará con sus propuestas de Green Deal, más allá de algunos posibles retrasos iniciales este año. Transformar el sector del transporte es esencial para el éxito del European Green Deal. Las inversiones en energía sostenible ahora ya superan las inversiones en energía antigua, pero se necesita mucho más en términos de inversión, innovación y preparación. La pregunta sigue siendo si Europa puede permitirse un acuerdo verde con la crisis actual. No hay duda de que en los próximos años se trazará el camino hacia el transporte totalmente descarbonizado de mercancías por carretera y ferrocarril y cada vez más empresas elegirán el CO2 como un indicador clave de la resistencia y la eficiencia de la cadena de suministro. Es un indicador interesante que no es negociable, a diferencia de los precios. También apoyaría a los transitarios a estar preparados para el futuro donde una huella de CO2 se traduzca en dinero.

Los chinos usan dos pinceladas para escribir la palabra 'crisis'. Una pincelada representa peligro, la otra oportunidad. En una crisis, se debe tener en cuenta el peligro, pero se debe reconocer también la oportunidad. Este es ciertamente el caso para los transitarios, donde, más allá de las soluciones rápidas, hay oportunidades para nuevos negocios. ■



Level playing field in the maritime logistics chain should be a priority for EU regulators



Günther Bonz

President FEPORT (The European Federation of Private Port Companies and Terminals)

Since the outbreak of the COVID 19 crisis, EU supply chains have shown impressive resilience thanks to the mobilization of all actors. Shipping, terminals, freight forwarders, shippers, road hauliers, railway transport have ensured the continuity of work and shown great agility and capacity of adaptation to the constraints resulting from the epidemic related measures.

EU citizens, hospitals and supermarkets have received goods and products and no major shortages happened. Yet, with respect to some strategic sectors such as pharmaceuticals and sanitary equipment, healthcare etc., some lessons need to be learnt and require action from policy makers.

The EU must indeed recognize the importance of some critical infrastructures and vital sectors. This recognition must be translated into an action plan and an enabling legislative framework.

The transport and logistics sector including ports is crucial for the security of EU supplies and its exports. This has not been always reflected in the EU legislative agenda.

To give a recent example, we can refer to the renewal of the Consortia BER for liner shipping which exclusively benefits to carriers to the detriment of their customers and service providers.

During 18 months, CLECAT, ETA, ESC and FEPORT, representing thousands of European freight forwarders, tug owners, shippers and port companies and terminals, have called on the EU Commission to modify the Consortia BER to avoid unfair practices from the carriers without success.

The Directorate for Competition has decided to renew the above mentioned Regulation without taking into account the changes that occurred in the market and the fact that joint capacity management agreements used by the carriers may actually lead to an increase of freight rates.

During the review process of the Consortia BER started end of 2018, our organizations as well as independent reports from the International Transport Forum of the OECD have clearly demonstrated that benefits of the Consortia BER for customers were not achieved and that there were even abusive behaviours from the carriers against their service providers.

We have underlined that in light of the important changes that have occurred in the market (consolidation, vertical integration and digitalization in the maritime sector) and the emergence of new actors, it was important to safeguard the interests of the EU logistics and supply chains. The response from the EU regulator was very disappointing and the mid long-term effects of such decision in a context where many carriers receiving State Aid and rescue loans will compete with freight forwarders on door to door services will be detrimental.

We, as terminal operators, have also raised the attention of the Commission and MEPs on the combined negative effects of some decisions on tonnage tax schemes for shipping which have been expanded to cargo handling and the joint purchasing of port services by alliances using the Consortia BER for their capacity agreements. We will continue to fight for fair treatment.

The EU recovery plan that has just been announced can be a great opportunity for the European Union and its industries. However, it must also be accompanied by a real “assessment” of the added value of some pieces of legislation which should not benefit to one sector but to a whole ecosystem. This is particularly true for competition rules (State Aid and cartels legislation).

The post COVID 19 economic and industrial landscape will certainly be different for many sectors. It will probably be also the case for the supply and logistics sector.

Many member States will seek for more autonomy and independence from third countries with respect to some commodities and products. This might translate into more regional trades and a regionalization of cargo flows which shall impact the transport offer and demand.

The other important area where the EU needs to speed up its action concerns digitalization and governance on data sharing. We hope that EU policy makers will provide EU industries with a good framework of rules allowing fair competition and efficient B2B and B2G communication.

Finally, the EU recovery will have to be sustainable and green and in this respect the success of the European Green Deal will be crucial. One critical success factor will also be the trust and dialogue between industry and EU policy makers. ■



Avenue des Arts, 3-4-5, 6

1210 Brussels

Bélgica

T. +32 (2) 218 8478

secretariat@feport.eu

La igualdad de condiciones en la cadena logística marítima debería ser una prioridad para los reguladores de la UE

Desde el estallido de la crisis de COVID 19, las cadenas de suministro de la UE han mostrado una resistencia impresionante gracias a la movilización de todos los actores. El transporte marítimo, las terminales, los transitarios, los transportistas, los transportistas por carretera y el transporte por ferrocarril han asegurado la continuidad del trabajo y han demostrado una gran agilidad y capacidad de adaptación a las limitaciones derivadas de las medidas relacionadas con la epidemia.

Los ciudadanos de la UE, los hospitales y los supermercados han recibido bienes y productos y no se produjo una gran escasez. Sin embargo, con respecto a algunos sectores estratégicos, como los productos farmacéuticos y equipos sanitarios, la atención médica, etc., es necesario aprender algunas lecciones y exigir la acción de los responsables políticos.

De hecho, la UE debe reconocer la importancia de algunas infraestructuras críticas y sectores vitales. Este reconocimiento debe traducirse en un plan de acción y un marco legislativo propicio.

El sector del transporte y la logística, incluidos los puertos, es crucial para la seguridad de los suministros de la UE y sus exportaciones. Esto no siempre se ha reflejado en la agenda legislativa de la UE.

Para dar un ejemplo reciente, podemos referirnos a la renovación del Consorcio BER para el transporte marítimo que beneficia exclusivamente a los operadores en detrimento de sus clientes y proveedores de servicios.

Durante 18 meses, CLECAT, ETA, ESC y FEPORT, representando a miles de transitarios europeos, propietarios de remolcadores, embarcadores y compañías y terminales portuarias, han pedido a la Comisión de la UE que modifique el Consorcio BER para evitar prácticas desleales de los operadores, sin éxito.

La Dirección de Competencia ha decidido renovar el mencionado Reglamento sin tener en cuenta los cambios que se produjeron en el mercado y el hecho de que los acuerdos conjuntos de gestión de la capacidad utilizados por los transportistas en realidad pueden conducir a un aumento de las tarifas de transporte.

Durante el proceso de revisión del Consorcio BER que comenzó a fines de 2018, nuestras organizaciones, así como los informes independientes del Foro Internacional de Transporte de la OCDE, han demostrado claramente que no se lograron los supuestos beneficios del Consorcio BER para los clientes y que incluso hubo comportamientos abusivos de los operadores contra sus proveedores de servicios.

Hemos subrayado que a la luz de los importantes cambios que se han producido en el mercado (consolidación, integración vertical y digitalización en el sector marítimo) y la aparición de nuevos actores, era importante salvaguardar los intereses de la logística y las cadenas de suministro de la UE. La respuesta del regulador de la UE fue muy decepcionante y los efectos a medio y largo plazo de dicha decisión en un contexto en el que muchos transportistas que reciben ayuda estatal y préstamos de rescate competirán con los agentes de carga en los servicios puerta a puerta serán perjudiciales.

Nosotros, como operadores de terminales, también hemos llamado la atención de la Comisión y los eurodiputados sobre los efectos negativos combinados de algunas decisiones sobre los esquemas de impuestos de tonelaje para el envío que se han expandido al manejo de carga y la compra conjunta de servicios portuarios por alianzas que utilizan los Consorcios BER por sus acuerdos de capacidad. Continuaremos luchando por el tratamiento justo.

El plan de recuperación de la UE que acaba de anunciarse puede ser una gran oportunidad para la Unión Europea y sus industrias. Sin embargo, también debe ir acompañado de una "evaluación" real del valor agregado de algunas leyes que no deberían beneficiar a un sector sino a todo un ecosistema. Esto es particularmente importante para las reglas de competencia (legislación estatal sobre ayudas estatales y monopolios).

El panorama económico e industrial posterior a la COVID 19 ciertamente será diferente para muchos sectores. Probablemente sea también el caso del sector de suministro y logística.

Muchos Estados miembros buscarán más autonomía e independencia de terceros países con respecto a algunos productos básicos y otro tipo de productos. Esto podría traducirse en más intercambios regionales y una regionalización de los flujos de carga que afectará la oferta y la demanda de transporte.

La otra área importante donde la UE necesita acelerar su acción se refiere a la digitalización y la gobernanza en el intercambio de datos. Esperamos que los responsables políticos de la UE proporcionen a las industrias de la UE un buen marco de reglas que permita una competencia leal y una comunicación eficiente B2B y B2G.

Finalmente, la recuperación de la UE tendrá que ser sostenible y verde y, a este respecto, el éxito del Acuerdo Verde Europeo será crucial. Un factor crítico de éxito también será la confianza y el diálogo entre la industria y los responsables políticos de la UE. ■





El COVID-19 y la modificación o resolución de resoluciones contractuales¹



Manuel M Vicens

Secretario General y Asesor Jurídico FETEIA-OLTRA

I INTRODUCCIÓN

El COVID-19 ha puesto en primera línea la posibilidad de que circunstancias sobrevenidas e imprevistas, como la crisis sanitaria producida por el propio COVID-19, puedan afectar gravemente la vida y el desarrollo normal de las relaciones contractuales.

Los propios Reales Decretos-Leyes 11/2020, de 31 de marzo, y 16/2020, de 5 de mayo, lo ponen de manifiesto aunque solo con respecto a los contratos de arrendamiento propiciando la suspensión o condonación, total o parcial, en determinados casos del pago de la renta.

Sin embargo, como es lógico, la cuestión va mucho más allá y puede afectar a toda clase de contratos, especialmente a los de larga duración o de tracto sucesivo o continuo.

En este informe, que no tiene otras pretensiones que las meramente ilustrativas o informativas, vamos a examinar, en primer lugar, las eventuales diferencias que se aprecian entre el caso fortuito, la fuerza mayor y la alteración sobrevenida e imprevista de las circunstancias presentes al tiempo de celebrar un contrato; y, en segundo lugar, cómo se afronta este cambio de circunstancias en España y en los principales países de nuestro entorno, incluidos los Estados Unidos de América de Norte y la República Popular China por la importancia de las relaciones comerciales que se mantienen con estos países; máxime teniendo en cuenta que miembros de FETEIA-OLTRA y de las ATEIA's, o sus clientes, pueden estar involucrados en contratos de larga duración, que suelen ser los más afectados por los cambios imprevistos de circunstancias.

(1) Esta es una cuestión muy jurídica y compleja que hemos tratado de simplificar en la medida de lo posible, pero que por su naturaleza no puede ser explicada en términos más sencillos. Además, por tratarse de un comentario sobre jurisprudencia y textos legales es obligado ceñirse a un lenguaje jurídico para situar las cosas en su verdadero contexto.



II

CASO FORTUITO, FUERZA MAYOR² Y CLÁUSULA “REBUS SIC STANTIBUS”

El caso fortuito y la fuerza mayor vienen descritos, que no definidos, en el artículo 1105 del Código Civil como aquellos *“sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos fueran inevitables”*.

Sin entrar en disquisiciones doctrinales ajenas a nuestro propósito, diremos que para algunos el caso fortuito y la fuerza mayor se diferencian por estar localizados en ámbitos diferentes en la esfera de riesgo del deudor de la obligación. El caso fortuito se localizaría así en el ámbito interno (por ejemplo, la enfermedad inesperada del deudor por COVID-19) y la fuerza mayor en el ámbito externo (por ejemplo, restricción de la movilidad de las personas decretada por el Gobierno como defensa contra el COVID-19). En cambio, para otros la diferencia radica en la inevitabilidad de la fuerza mayor, aunque el suceso que la ocasione pudiera ser previsto con cierta antelación (por ejemplo un tsunami).

Este último parece ser el criterio del Código Civil, y también el del CMR (artículo 17.2) y de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, sobre el contrato de transporte terrestre de mercancías (artículo 48.1), al referirse a *“circunstancias que el transportista no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir”*.

Pero, en cualquier caso, lo que ahora interesa destacar es que tanto el caso fortuito como la fuerza mayor, como viene a decir el preámbulo del Real Decreto- Ley 15/2020, no sirven para ajustar o modalizar las relaciones contractuales duraderas afectadas por graves circunstancias imprevisibles o inevitables, como el COVID-19, sino más bien para la resolución o extinción de los contratos a instancia del acreedor ante la imposibilidad de que el deudor cumpla su obligación satisfaciendo su interés (el del acreedor), a causa de una circunstancia obstativa de la que el deudor no es responsable o culpable.

En cambio, la cláusula *“rebus sic stantibus”* (estando así las cosas), como veremos a continuación y según la acepción tradicional imperante en el Derecho continental europeo, excepto el alemán actual, se refiere a todos aquellos supuestos en los que, dejando de lado nominalismos innecesarios, la doctrina científica, la jurisprudencia y las legislaciones han arbitrado fórmulas para adaptar las relaciones negociales a situaciones sobrevenidas, para unos extraordinarias e imprevisibles y para otros más o menos corrientes, salvando de este modo el equilibrio contractual y por ello la subsistencia misma de los contratos. De ahí que el terreno de juego propio de esta cláusula, especialmente para los contratos de larga duración, sea su revisión y no su resolución, rescisión o extinción.

(2) Las causas de fuerza mayor descritas en el artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, si bien están definidas para ser aplicadas exclusivamente en el ámbito laboral, tal como pone de relieve el apartado V del preámbulo del Real Decreto-ley 20/2020, entendemos que también podrían ser aplicables en otros ámbitos, como el transporte o el suministro, para justificar el incumplimiento de obligaciones contractuales. Estas circunstancias se describen en el mencionado artículo 22 en los siguientes términos: pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria.



III

EL CAMBIO IMPREVISTO DE CIRCUNSTANCIAS EN ESPAÑA

En nuestro país, el cambio sobrevenido de circunstancias ha venido siendo abordado por la jurisprudencia a través de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, a falta de una regulación positiva como la que existe en todos los países de nuestro entorno. Por ello, ante la ausencia de una norma escrita, existe una cierta sensación de inseguridad jurídica que recuerda a la que había en los países anglosajones con anterioridad a que en ellos se establecieran también reglas concretas regulando la cuestión y sus consecuencias, especialmente en la esfera contractual.

Porque, en efecto, mientras pueden encontrarse algunas sentencias favorables a su aplicación, hay muchas otras que la contemplan como algo peligroso y muy excepcional capaz de influir negativamente en el principio “*pacta sunt servanda*” (los contratos han de ser respetados⁽³⁾), o que simplemente no la aplican ajustando, en su caso, las modificaciones contractuales a la nueva realidad imprevista en base a otros parámetros o criterios diferentes.

Dicho lo anterior, hay que indicar que la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:2197), siguiendo la misma línea que las de la propia Sala de 17 de mayo de 1957, 6 de junio y 27 de junio de 1984, señala que la admisión de la cláusula “*rebus*” requiere como premisas fundamentales: a) la alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración;



b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones; y, c) que todo ello acontezca por el surgimiento de circunstancias realmente imprevisibles careciéndose, además, de cualquier otro medio para remediar y evitar el perjuicio.

Del contenido de estas premisas se desprende que, como indica la propia sentencia, la cláusula “*rebus*” sólo puede ser admitida cautelosamente, considerándose una cláusula peligrosa⁽⁴⁾.

En una dirección totalmente opuesta, se encuentran las sentencias de la Sala Civil del mismo Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2823) y de 15 de octubre siguiente (ECLI:ES:TS:2014:5090), en las que se ofrece un panorama aplicativo de la cláusula mucho más amplio que el manifiestamente restrictivo adoptado por la jurisprudencia anterior, todo y que conviene advertir que esta línea aperturista y normalizadora de la citada cláusula no ha sido seguida por la jurisprudencia posterior, como veremos más adelante.

Ese par de sentencias explican, si bien en un aspecto más teórico que práctico, los perfiles característicos de la “*rebus*”, precisando algunos extremos que son de interés para la mejor comprensión de la figura en sus aspectos funcional y aplicativo, y apoyándose en los estudios doctrinales más generalmente aceptados, así como en el Derecho comparado (bases del negocio, equilibrio o conmutatividad de las prestaciones, condiciones implícitas, excesiva onerosidad para una de las partes etc.).

(3) El principio “*pacta sunt servanda*” viene reflejado el artículo 1091 del Código Civil cuando prescribe que “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben ser cumplidas a tenor de los mismos”.

(4) Sin embargo, en el caso de la sentencia no se aplicó la cláusula *rebus* por tratarse de un contrato de tracto único, permuta de solar a cambio de unos locales de negocio y viviendas, pese a que la entrega de los locales y viviendas no se podía hacer hasta la terminación de la construcción.



Con arreglo a las expresadas sentencias, cuando se produce un cambio grave e imprevisto de las circunstancias que rodearon la celebración del contrato, se puede concluir que desaparece la base del negocio y por tanto puede aplicarse la cláusula “*rebus*” si, desde el aspecto objetivo:

- se frustra o se vuelve inalcanzable *“la finalidad económica primordial del contrato, ya expresamente prevista o derivada del sentido propio del mismo”*; y
- desaparece o prácticamente se destruye por la excesiva onerosidad de las prestaciones a cargo de uno de los contratantes, *“la conmutatividad del contrato, expresada en la equivalencia o proporción entre las prestaciones, de suerte que no puede hablarse ya del juego entre prestación y contraprestación”*.

Y también, desde el punto de vista subjetivo, o sea desde lo querido por las partes y que les ha llevado a la conclusión del contrato con un determinado contenido, se volatiliza la base del negocio cuando: *“la finalidad económica del negocio para una de las partes, no expresamente reflejada, pero conocida y no rechazada por la otra parte, se frustra o deviene inalcanzable tras la modificación o el cambio operado”*.

Completándose por la indicada sentencia el marco de aplicación de la “*rebus*” con una previsión totalmente lógica. Y es que la distribución del riesgo derivada de los acontecimientos o sucesos que hayan de dar lugar a su aplicación no hayan sido previstos o distribuidos por las partes o tengan que

considerarse que legalmente forman parte del “*aleas*” o riesgo normal ligado al negocio (5).

No obstante la claridad de los anteriores postulados, hay que decir que la jurisprudencia posterior ha seguido en una posición poco receptiva con respecto a la aplicación de la cláusula “*rebus*”; no sólo por tratarse de una figura jurídica que no se contempla en nuestro ordenamiento jurídico positivo, en concreto en nuestro Código Civil, sino también aduciendo diversas razones para no hacer uso de ella, como por ejemplo, que la disminución de los rendimientos de la actividad a causa de la grave crisis económica del año 2008 y siguientes formaban parte del riesgo inherente al contrato(6), o también que de la interpretación del contrato, no de la aplicación de la cláusula “*rebus*”, resultaba que las variaciones sobrevenidas debían ser asumidas por ambas partes contratantes (7).

Interesa destacar también aquí para una mejor comprensión del alcance de lo que venimos exponiendo lo dicho por el Tribunal Supremo, aunque en una sentencia muy anterior, la de 17 de mayo de 1957 relativa a las consecuencias de la guerra civil. Dicha sentencia puntualizó que: *“para remediar las consecuencias de la expresada guerra ya se había dictado una legislación de emergencia inspirada en el cambio de circunstancias, que es la esencia de la cláusula “rebus”, por lo que las relaciones jurídicas no comprendidas en tal legislación quedaban excluidas de su beneficio y sometidas a la legislación ordinaria o general”*.

(5) Por ejemplo, quien se dedica a comprar viviendas sobre plano con una finalidad especulativa no puede evocar la cláusula “*rebus*” para repercutir en el vendedor las pérdidas que se puedan presentar debidas a un cambio sobrevenido del precio de la vivienda por efecto de una grave crisis económica (Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2015, ECLI:ESTS:2015:1923).

(6) Así lo entendió la Sala civil del Tribunal Supremo en el caso de la explotación de un hotel en arrendamiento, estimando que la modificación de las graves circunstancias causantes del deterioro económico y consiguiente disminución de los rendimientos de la actividad hotelera no justificaban, en aplicación de la cláusula “*rebus*”, la modificación de la renta a satisfacer por el arrendatario al formar parte del riesgo propio de su actividad, como empresa dedicada a la gestión hotelera (sentencia de 15 de marzo de 2019, ECLI:ESTS:2019:57).

(7) Este caso se trataba de un contrato de venta de proyectos de energía solar a desarrollar en Francia afectado por la moratoria aprobada por el Gobierno francés suspendiendo la obligación de compra de la energía fotovoltaica por la red eléctrica francesa, y después reduciendo la tarifa de compra (Sentencia de la Sala Civil el Tribunal Supremo de 18 de julio de 2019, ECLI:ESTS:2019:2831).



No obstante la dureza de esa sentencia y la posición ambigua que viene manteniendo el Tribunal Supremo después de las sentencias del año 2014, pensamos que interpretar la cláusula “*rebus*” con una tal rigidez, de forma que pudiesen quedar fuera de ella todas las relaciones jurídicas que no estuvieran incluidas en la legislación de excepción dictada a propósito del COVID-19, no sería asumido por nuestros tribunales, incluido el Tribunal Supremo.

Así, dejando de lado que la pandemia causada por el indicado virus ha producido una alteración extraordinaria, muy grave e imprevisible de la normalidad contractual que, de no tomarse las medidas adecuadas para minorar sus efectos, podría acabar con la existencia de muchos contratos, no hay duda de que la actual jurisprudencia, pese a no ser excesivamente generosa en la aplicación de la cláusula “*rebus*”, considera que dicha cláusula se encuentra dentro del contexto regular de la vida y desenvolvimiento de las relaciones contractuales, cosa que obviamente puede facilitar su aplicación.

Y ello sin contar con que en nuestro país existen dos iniciativas legislativas que no pueden dejar de ser tomada en consideración, ya que confirman esta evolución social sobre la aplicación normalizada de la mencionada cláusula.

Nos referimos, en primer lugar, a la propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, elaborada en el año 2009 por la Comisión General de Codificación que, entre otras novedades, propone incluir en el Libro IV (De las obligaciones y contratos) un Capítulo VIII (De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato) con un nuevo artículo 1213.

Este artículo construye la posible revisión o resolución de los contratos por alteración grave de las circunstancias conjugando casi todos los principios a que antes hemos aludido y que en general sirven en la mayoría de ordenamientos para justificar la modificación o resolución contractual (bases del contrato, excesiva onerosidad, pérdida del equilibrio entre las prestaciones de las partes, frustración del fin del negocio, previa distribución de los riesgos contractuales, circunstancias del caso, etc.) (8).

Y, en segundo lugar, también hay que mencionar el anteproyecto de Código Mercantil de 2014, cuyo artículo 416-2 estructura las modificaciones contractuales de que venimos tratando basándose principalmente en la excesiva onerosidad sobrevenida, a la par que poniendo el acento en la renegociación del contrato y precisando cuando hay que entender que existe la onerosidad sobrevenida. Extremo, este último, que sin duda podrá facilitar la siempre difícil y compleja tarea de interpretar de lo que es o no es excesivo (9).

(8) El propuesto nuevo artículo 1213 al Código Civil es del siguiente tenor: “Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta 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, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. - La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato”.

(9) El expresado artículo 416-2 del anteproyecto de Código Mercantil de 2014, bajo el título de “Excesiva onerosidad del contrato”, establece que: “1. En caso de excesiva onerosidad sobrevenida, la parte perjudicada no podrá suspender el cumplimiento de las obligaciones asumidas, pero tendrá derecho a solicitar sin demora la renegociación del contrato, acreditando las razones en que se funde. Si no se alcanzara un acuerdo entre las partes dentro de un plazo razonable, cualquiera de ellas podrá exigir la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en una fecha determinada en los términos que al efecto señale. 2. Se considera que existe onerosidad sobrevenida cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, ocurran o sean conocidos sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapen al control de la misma y ésta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos”.



Pues bien y resumiendo, aunque de todo lo expuesto hasta aquí se desprende que el Derecho español no cuenta con unos textos legales que otorguen la suficiente certeza y seguridad jurídica de que los daños y frustraciones contractuales causados por el COVID-19 podrán ser compensados o amortiguados, tampoco hay que olvidar que el rigor y radicalidad con que se ha venido tratando la cláusula “*rebus*” por alguna jurisprudencia podría reorientarse hacia posiciones más receptivas y flexibles acordes con la nueva dirección que propugnan las sentencias del año 2014 y las propuestas legislativas de que se ha hecho mérito. De esta forma, parece que las demandas dirigidas a hacer frente a las graves consecuencias producidas por el indicado virus en el ámbito de la contratación, que no son propiamente debidas ni al caso fortuito ni a la fuerza mayor, podrían recibir un notable apoyo a través de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, igualando así a nuestro país con aquellos, como los de nuestro entorno más próximo, que cuentan con regulaciones que en unos u otros términos, recogen la posibilidad de resolver o modificar contratos en vigor por cambio extraordinario e impredecible de circunstancias.

IV

EL CAMBIO SOBREVENIDO DE CIRCUNSTANCIAS EN LOS PAISES DE NUESTRO ENTORNO⁽¹⁰⁾

A) FRANCIA

La jurisprudencia francesa, hasta la promulgación de la “*Ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*”, n° 2016-131, de 10 de febrero de 2016, a que seguidamente nos referiremos, había mantenido una posición rígida semejante a la adoptada por la jurisprudencia española, sustentada en los principios de que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes y que el cumplimiento de las obligaciones contractuales sólo puede excusarse en el caso de que concurra el caso fortuito o la fuerza mayor.

Sin embargo, la situación ha cambiado a partir de la mencionada “*Ordonnance*” sobre reforma del derecho de los contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones, ratificada por la Ley 2018-287, de 28 de abril, cuyo artículo 1195, dispone lo siguiente:

Si un cambio imprevisible en las circunstancias durante la conclusión del contrato convierte su ejecución en excesivamente onerosa para una parte que no haya aceptado asumir tal riesgo, esta última puede solicitar una renegociación del contrato a la otra parte. Ella ha de continuar cumpliendo sus obligaciones durante la renegociación.

En caso de rechazo o incumplimiento de la renegociación, las partes pueden acordar la resolución del contrato, en la fecha y en las condiciones que ellas mismas determinen, o pedirle de común acuerdo al juez que proceda a su adaptación. A falta de acuerdo dentro de un plazo razonable, el juez puede, a solicitud de una parte, revisar el contrato o ponerle fin, en la fecha y en las condiciones que fije” (11).

(10) Los artículos que figuran traducidos al castellano no lo han sido de forma literal, es decir palabra por palabra, sino buscando el sentido del texto habida cuenta de que se trata un lenguaje jurídico y de que es sumamente difícil que pueda haber una correspondencia perfecta entre dos lenguas.

(11) El texto en versión original del artículo 1195 de la “*Ordonnance*” 2016-131, es como sigue: “Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l’exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n’avait pas accepté d’en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. – En cas de refus ou d’échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu’elles déterminent, ou demander d’un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d’accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d’une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu’il fixe”.

Esta formulación francesa sobre el cambio de circunstancias coincide sustancialmente con la propuesta de la Comisión General de Codificación para modernizar este aspecto de nuestro Código Civil, incluso en la previsión de la posibilidad de una revisión del contrato como paso previo a su resolución o modificación judicial, si bien, como el Anteproyecto de Código Mercantil de 2014, hace hincapié en la destrucción de la relación de equivalencia y consiguiente desequilibrio contractual debido a la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación a cargo de una de las partes, producto de un cambio inesperado de circunstancias. Todo lo que, según la normativa francesa, otorga a la parte afectada por el cambio de circunstancias el derecho a solicitar la renegociación del contrato.

Sin embargo, se aprecia una sensible diferencia que puede provocar que la doctrina sobre la alteración sobrevenida de circunstancias pueda tener en Francia una aplicación más abierta y generosa que en España, incluso aunque se modifique el Código Civil siguiendo la propuesta de la Comisión General de Codificación. Se trata, según el texto del artículo 1195 de la *“Ordonnance”* nº 2016-131, de que el cambio de circunstancias no ha de ser extraordinario o fuera de lo común como exige la jurisprudencia española y la mencionada propuesta, sino simplemente imprevisible.

Debiendo indicarse a este respecto que de las tres acepciones que tiene la palabra imprevisible por contraposición a la previsible, a saber: no ver con anticipación, no conocer o conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder, y no disponer o preparar medidas contra futuras contingencias, parece que la última es la que más se acomoda al sentido y finalidad del precepto en el aspecto de que no se haya dispuesto nada sobre el posible riesgo contractual, sin por ello descartar las restantes que podrían quedar en un segundo plano.

En cuanto a la opción de renegociar el contrato como paso previo a su eventual extinción o resolución, hay que puntualizar que la eventual intervención judicial siempre habrá de ser subsidiaria a las soluciones negociadas que, según el precepto, se tendrán que de llevar a cabo dentro de un plazo razonable y para mantener el equilibrio entre las prestaciones de las partes.

Con todo, no hay duda que el derecho de una parte a renegociar el contrato dependerá de la buena fe de la otra; y que acudir al juez para que determine las condiciones del contrato revisado, supone situarlo en el lugar de las partes, sustituyendo su voluntad. Lo que no parece ser la mejor alternativa, incluso para quien no desee abandonar el contrato por mantener el interés en recibir la prestación de la otra parte.

Finalmente, las previsiones sobre el cambio imprevisible de circunstancias a que acabamos de referirnos no se aplicarían si las partes hacen uso de lo dispuesto en el artículo 1135 -1 de la *“Ordonnance”*, que prescribe que:

“En los contratos de tracto sucesivo o escalonado, las partes pueden obligarse a negociar una modificación de lo acordado para el caso en el que, por efecto de las circunstancias, el equilibrio inicial de las prestaciones recíprocas hubiera resultado alterado hasta el punto de que el contrato pierda todo interés para una de las partes ⁽¹²⁾”.

Precepto que contempla que la negociación sobre una ulterior modificación contractual o renegociación, que en los contratos de tracto único o cuyo cumplimiento se agota en un solo acto de ejecución es una mera opción o posibilidad, pase a ser, por voluntad de las partes y en los contratos de ejecución continuada o de tracto sucesivo, una obligación.

(12) El texto en francés del artículo 1135-1 de la *“Ordonnance”* 2016-131 es el siguiente: “Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s’engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l’effet des circonstances, l’équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l’une d’entre elles”.



Cosa totalmente lógica, no sólo porque esta clase de contratos son los que están más expuestos a que las circunstancias originarias existentes en el momento de su celebración cambien con el tiempo, sino también porque con la obligación de renegociar se está excluyendo la intervención judicial y dejando las incidencias que puedan surgir durante la vida del contrato exclusivamente en manos de las partes. De todas maneras, el resultado de la aplicación de este artículo es incierto, toda vez que difícilmente terminará con éxito una negociación cuando una de las partes haya perdido todo interés en el contrato, aunque esa pérdida de interés sea debida a circunstancias que rompan el equilibrio inicial entre prestaciones.

En resumen, en el Derecho francés el impacto que sobre la existencia y desarrollo de los contratos pueda tener el COVID-19, podrá ser mitigado con menores exigencias que en España hasta, por lo menos, que se introduzcan en nuestro país los cambios legislativos de que más atrás se ha hecho mención.

B) ITALIA

En Italia, desde la promulgación de su Código Civil de 1942, tienen resuelta la cuestión sobre el cambio de circunstancias en los artículos 1467 a 1469. Veámoslo:

-Artículo 1467. “Contrato con prestaciones correlativas. En los contratos de ejecución continuada o periódica, o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes se ha hecho

excesivamente onerosa por sobrevenir acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte deudora de semejante prestación puede pedir la resolución del contrato con los efectos establecidos en el artículo 1458.

La resolución no puede pedirse si la onerosidad sobrevenida corresponde al elemento aleatorio normal del contrato.

La parte contra la cual la resolución es exigida puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato”.

-Artículo 1468. “Contratos con obligaciones a cargo de una sola parte. En el caso previsto en el artículo anterior, si se trata de un contrato en el que una sola de las partes ha asumido obligaciones, ésta puede pedir una resolución de su prestación o una modificación en modalidad de la ejecución, que sea suficiente para hacerla equitativa”.

-Artículo 1469. “Contrato aleatorio. Las normas de los artículos anteriores no se aplican a los contratos aleatorios, por su propia naturaleza o por voluntad de las partes”.

La lectura de los artículos que se acaba de transcribir pone de relieve que se trata de una normativa muy completa, hasta frente a la reciente normativa francesa. De esta regulación hay que desatacar los aspectos que a continuación se expondrán, sin perjuicio de que para evitar innecesarias repeticiones demos aquí por reproducidas las consideraciones hechas con anterioridad sobre la cláusula “*rebus*” en España y en Francia y que también serían aplicables en Italia con arreglo a su propia regulación.

(13) La versión original italiana de los artículos que se citan en el texto es como sigue:

-art. 1467 “Contratto con prestazioni corrispettive. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458;

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto”;

-art. 1468 “Contratto con obbligazioni di una sola parte. Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità”;

art. 1469 “Contratto aleatorio. Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura o per volontà delle parti”.

Tales aspectos son los siguientes:

-la diferenciación que se establece entre los contratos de contraprestaciones correlativas o conmutativas, que suelen ser los más afectados por los cambios sobrevenidos de circunstancias, especialmente los de ejecución continuada o periódica, y los contratos con obligaciones a cargo de una sola de las partes, estimamos que no es especialmente significativa desde el punto de vista de la alteración de las circunstancias en tanto que para ambos casos se ofrece la misma solución: la posibilidad de modificar el contrato o de extinguirlo o resolverlo;

-la resolución del contrato se considera siempre que ha de ser el último recurso y sólo para el caso de que no se consiguiera la modificación equitativa del mismo; y,

-la resolución de los contratos por sobrevenir acontecimientos extraordinarios e imprevisibles no tendrá efectos retroactivos, respetándose las prestaciones ejecutadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1458 del Código, al que expresamente se remite el artículo 1467.

A lo que habría que añadir que la puesta en acción de las medidas que procedan requiere, además de la excesiva onerosidad para el obligado, la

conurrencia de circunstancias extraordinarias e imprevisibles ajenas al riesgo propio o inherente, el “*aleas*”, del contrato.



Y por lo que hace al artículo 1459, estimamos que, contrariamente a lo que podría pensarse con su lectura, no permite calificar como aleatorio un contrato que por su naturaleza no lo pueda ser, sino que lo que se ha querido indicar es que por convenio entre las

partes pueden asumirse riesgos como si el contrato fuese aleatorio.

En Italia, pues y concluyendo el presente apartado, la lucha contra el COVID- 19, dirigida a resolver o reajustar los contratos originales a las nuevas circunstancias derivadas del citado virus, no ha de presentar excesivas dificultades desde el plano legal. No obstante, habría que tener en cuenta que a diferencia de Francia y al igual que en España, se exige que los acontecimientos que afecten al contrato, además de imprevisibles sean de naturaleza extraordinaria.

C) PORTUGAL

El vigente Código Civil portugués aprobado por Ley de 25 de noviembre de 1966, con entrada en vigor el 1 de junio de 1967, se refiere al cambio sobrevenido de circunstancias en su subsección VII .“*Terminación o modificación del contrato debido a cambios en las circunstancias*”, en la que figura el artículo 437. Dicho artículo, bajo el título “*Condiciones de admisibilidad*”, prescribe que:

1.“Si las circunstancias en que las partes fundamentaron la decisión de contratar han sufrido un cambio anormal, la parte perjudicada tiene derecho a rescindir el contrato o a la modificación del mismo de acuerdo con juicios de equidad, siempre que la exigencia de las obligaciones asumidas por él afecte gravemente a los principios de buena fe y no esté cubierta por los riesgos inherentes al contrato. 2. Después de solicitar la resolución, la parte contraria puede oponerse a la solicitud de resolución declarando aceptar la modificación del contrato bajo los términos del número anterior”⁽¹⁴⁾ .



(14) En versión original, el artículo 437 del Código Civil portugués es del siguiente tenor: “(Condiciones de admisibilidad). Subsecção VII. Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias. Artigo 437 (Condições de admissibilidade) 1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. 2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior”.



El citado artículo recoge muchos de los presupuestos que, para la aplicación de las medidas correctoras por cambio de circunstancias, hay que entender que se encuentran implícitamente incluidos en algunas de las legislaciones de los países que hemos analizado hasta ahora. Lo más significativo de esos presupuestos puede sintetizarse así:

En primer lugar, el precepto habla de “cambio anormal”, es decir fuera de las condiciones inherentes al contrato de que se trate, y no de cambio debido a circunstancias extraordinarias e imprevisibles. Ello implica, a nuestro modo de ver, que las posibilidades de revisiones contractuales sean mayores en Portugal que en otros Estados, como por ejemplo en España, dado que en nuestro país el funcionamiento actual de la cláusula “*rebus*”, como antes ya se ha expuesto, se ha de mover dentro de unos márgenes muy estrictos.

Y, en segundo lugar, la norma apela a la buena fe indicando que sería contrario a ella exigir una prestación que no se correspondiera con la finalidad del contrato. Previsión que de alguna manera revierte a la doctrina de la base del contrato, de procedencia alemana, y tan invocada por la jurisprudencia española más avanzada (sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio y 15 de octubre de 2014), a la que seguidamente aludiremos.

Es claro, por tanto, que ante la crisis sanitaria sin precedentes provocada por el COVID-19, Portugal también cuenta con una buena herramienta legal para hacerle frente en defensa de la economía y de la supervivencia contractual.

D) ALEMANIA

La doctrina y la jurisprudencia alemanas sobre la alteración imprevista de circunstancias ha dado un vuelco desde la modificación de su Código Civil, (*“Bürgerliches Gesetzbuch”* – BGB), hecha por Ley de 26 de noviembre 2001, de modernización del derecho de obligaciones, (*“Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts”*), en vigor a partir de enero de 2002. En concreto, el artículo (§ Sección) 313, bajo el título *“Alteración de la base del negocio”*, establece que:

1. Cuando las circunstancias que han servido de base al contrato se hayan modificado de forma sustancial después de su celebración y de haber previsto esta modificación las partes no lo hubieran celebrado o lo habrían celebrado con un contenido diferente, podrá exigirse la adaptación de su contenido si, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, en particular la distribución contractual o legal del riesgo, no fuera razonable exigir a ninguna de las partes la permanencia en el contrato sin modificar.

2. Se equipara a una modificación de las circunstancias el hecho de que las suposiciones esenciales que se han convertido en la base del contrato resulten ser falsas.

3. Si la adaptación del contrato no es posible o no es exigible a una de las partes, la parte perjudicada puede resolver del contrato. El derecho a resolver será sustituido por el derecho a desistir en las relaciones obligatorias de larga duración” (15).

(15) La versión original del § 313, “*Störung der Geschäftsgrundlage*”, se transcribe a continuación: “(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

(2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.

(3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung”.



Sobre este artículo, cuya formulación nos parece muy próxima a la propuesta de la Comisión General de Codificación sobre modernización de nuestro Código Civil, hay que decir que parte de la suposición implícita en la voluntad de las partes de que éstas no habrían concluido el contrato, o lo habrían dotado de otro contenido, si hubiesen sabido que las circunstancias que constituían la base o fundamento del negocio habían de alterarse radicalmente, es decir de modo sustancial, hasta el extremo de hacerlo mucho más oneroso para una de las partes destruyendo la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación y, por tanto, la base del contrato.

Habiendo de entenderse por base del contrato el conjunto de circunstancias objetivas que caracterizan a un determinado contrato de acuerdo con su naturaleza y finalidad y a las que las partes se adhieren mientras subsistan o se mantengan. Siendo obvio que si, por efecto de un cambio sobrevenido, esas circunstancias se alteran en lo sustancial o desaparecen de raíz, el contrato se desnaturaliza perdiendo su equilibrio interno y finalidad.

Conviene recordar, por otro lado, que el artículo no alude a circunstancias extraordinarias o imprevistas que incidan en el normal desarrollo y funcionamiento del contrato, sino de modificación sustancial de aquellas que hubiera constituido su base. Diferencia que lleva a pensar que, al igual que en Portugal, en Alemania la admisión y aplicación de los remedios contractuales para hacer frente a los cambios de circunstancias podrán adoptarse de forma más general y holgada, o sea con mayor normalidad, que en aquellos países, como España, en los que todavía se encuentran acotados por lo extraordinario e imprevisible y fuera de la regularidad y tipicidad contractuales.

Por lo demás, el apartado 2 del citado artículo confirma lo que se acaba de indicar, al extender

los medios o recursos para reparar el daño contractual a los casos en que las partes hubieran incurrido en error sobre las circunstancias o presupuestos esenciales que les llevaron a contratar --la llamada base del contrato--, pues en estos supuestos no hay ninguna modificación extraordinaria o imprevista de las circunstancias en que se basó el acuerdo de voluntades, sino que lo que sucede es que las que se tuvieron en cuenta por las partes han resultado falsas o equivocadas.

No faltando quienes a propósito de esta regla sostienen que si las circunstancias que interfieren negativamente en la base del contrato ya existían en el momento de su formalización, en rigor se trataría de un vicio de la voluntad y no de la aparición inesperada de nuevas circunstancias.



Finalmente y para los contratos de ejecución prolongada o de larga duración, el apartado 3 del artículo prevé la posibilidad de que la parte perjudicada desista del contrato en lugar de proceder a su resolución, cuando la adaptación del mismo a las nuevas circunstancias no fuera posible o no pudiera exigirse a la otra parte. Aunque el desistimiento y la resolución no son conceptos jurídicos equivalentes (la resolución supone el incumplimiento del contrato en tanto que el desistimiento es una facultad que se suele otorgar, generalmente por ley, a la parte más débil en los contratos de duración continuada), parece que la norma los ha querido equiparar al tener en este caso el mismo fundamento o razón de ser, a saber: el fracaso o desaparición de la base del negocio.

Todo lo que lleva a concluir que la lucha desde el punto de vista contractual contra los desastrosos efectos del COVID-19, no ha de plantear demasiados problemas en Alemania, siempre que concurren los presupuestos legalmente previstos para ello, es decir para la resolución o el ajuste a la nueva situación de los contratos eventualmente afectados por la pandemia.



E) INGLATERRA

Hasta el 5 de agosto de 1943, fecha en que se adoptó la denominada "*Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*" (Ley de reforma del derecho relativo a la frustración de contratos de 1943), se aplicaban en Inglaterra y en el País de Gales a las reclamaciones derivadas de la alteración sobrevenida de las circunstancias los dictados resultantes de la jurisprudencia de los tribunales (*case law*), cuya fuerza vinculante deriva de la obligatoriedad del precedente judicial (*stare decisis*).

Una de las principales razones que explican la preferencia del sistema jurisprudencial en los países del llamado "*common law*" frente al codificado de los países continentales o del "*civil law*", como España, radica en que los códigos muestran un derecho fijo e inflexible mientras que la jurisprudencia se adapta mucho mejor a las circunstancias del caso, ya que por encontrarse en constante evolución se compagina con facilidad con la realidad social del tiempo y del lugar en que ha de ser aplicada.

Pero aun siendo ello cierto, la realidad es que a propósito de las circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que inciden en las relaciones contractuales, se generó en Inglaterra, como vamos a examinar a continuación, una jurisprudencia contradictoria que, por razones de seguridad jurídica, llevó a la adopción de la mencionada "*Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*".

Esta jurisprudencia, que es conveniente mencionar porque, aún existiendo una norma escrita, sigue de alguna manera influyendo por los ecos del sistema en la resolución de muchos casos, viene representada ante todo por las sentencias recaídas en los llamados "casos de la coronación", así como por otras resoluciones judiciales dictadas con posterioridad sobre la alteración de circunstancias que, en conjunto, demuestran una diversidad de criterios sobre tan importante cuestión.

Las sentencias de los "casos de la coronación" hacen referencia a los contratos de arrendamiento celebrados con ocasión de la coronación del Rey Eduardo VII en el año 1902, con la finalidad de poder ver desde lugares privilegiados (ventanas, balcones o incluso embarcaciones) los desfiles o revistas navales organizados con motivo de tan fausto acontecimiento.



Pero resulta que el monarca estuvo indispuerto a consecuencia de un ataque de apendicitis y los desfiles y revistas no pudieron celebrarse. Ello dio lugar a las consiguientes reclamaciones que los arrendadores y arrendatarios formularon reclamando, unos, el pago de lo convenido, y otros, la devolución de los pagado o anticipado, o la liberación de la obligación de pagar.

Pues bien, en la sentencia dictada en el caso *Krell v. Henry* la demanda del arrendador de balcón dirigida obtener el pago de lo pactado no prosperó porque el juez entendió que el fin del contrato, la contemplación del desfile, se había frustrado. En otro caso, *Herne Bay Steamboat Co. v. Hutton*, que se trataba del arriendo de una embarcación para contemplar la revista naval de la flota con motivo de la coronación, el juez declaró que el arrendatario debía pagar el precio del arrendamiento al propietario de la embarcación ya que este se dedicaba profesionalmente a su arriendo sin tener en cuenta la finalidad contractual perseguida por el arrendatario que, por tanto, era el que debía correr con el riesgo del negocio toda vez que la frustración del fin del contrato sólo había sido para él.



Y en la misma línea que el caso anterior, pero con una fundamentación diferente, en el litigio *Handler v. Webster* se rechazó la pretensión de devolución de la cantidad anticipada por el alquiler de unas habitaciones para ver el desfile en base a que, si bien las partes quedaban liberadas para el futuro, la suspensión de la coronación no las liberaba para el pasado, es decir de manera retroactiva, de forma que el arrendatario no sólo no recuperó lo satisfecho por anticipado, sino que también fue condenado a pagar el resto del precio convenido.

Finalmente, el caso *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbair Lawson Combe Barbour Ltd.*, ya anticipó la solución legal del problema después de tanta jurisprudencia discordante (las sentencias citadas a modo de ejemplo y otras más a las que no podemos referirnos). En este litigio se trató de que *Fibrosa* había satisfecho por anticipado a *Fairbair*, en julio de 1939, una cantidad por la compra de unas máquinas para tejer lino que había que entregar en el plazo aproximado de 4 meses y cuya entrega no pudo llevarse a cabo a causa de la invasión alemana de Polonia en septiembre del citado año; habiendo versado la reclamación sobre la devolución de la cantidad anticipada. Con toda lógica, la sentencia dictada en casación por la Cámara de los Lores (*House of Lords*), equivalente en su día a nuestro Tribunal Supremo, no sólo accedió a la petición de devolución del importe anticipado, sino que también declaró que el resto de precio no era exigible a causa de la frustración del contrato por imposibilidad de cumplirlo debido al estado de guerra. En cambio, inexplicablemente, no dio lugar a la pretensión de que se compensasen las pérdidas sufridas por la demandada a consecuencia de la preparación del pedido.

La inseguridad jurídica creada por todos estos precedentes jurisprudenciales dio lugar a que en 1943 se promulgase la antes mencionada Ley, cuyo objeto es regular, más allá de la jurisprudencia de los tribunales, la modificación de los derechos y obligaciones de las partes en los contratos frustrados. Esta Ley, que todavía sigue en vigor en los términos que se pasan a exponer, dispone que:

Sección 1 (1). “Cuando el cumplimiento de un contrato regido por las leyes inglesas se haya hecho imposible o se haya frustrado, habrán de aplicarse las siguientes reglas:

Sección 1 (2). “Todas las cantidades pagadas o por pagar por cualquiera de las partes en cumplimiento de un contrato con anterioridad a su frustración serán recuperables por quien las hubiera pagado en concepto de dinero entregado en su propia utilidad, y si todavía no lo hubieran sido, ya no se deberán. Si la parte que hubiese recibido o hubiera de recibir tales cantidades hubiese incurrido en algunos gastos con objeto o con ocasión de cumplir su prestación, el tribunal puede, si lo considera justo teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, permitirle retener o, en su caso, reclamar la totalidad o parte de las cantidades pagadas o por pagar, pero sin que su cuantía pueda exceder de los gastos realizados.”;



Añadiendo el mencionado texto legal por lo que al presente interesa que,

Sección 1 (3). “Cuando con anterioridad a la frustración del contrato una de las partes hubiera obtenido un beneficio evaluable (distinto del pago en dinero, al que se aplica la sección anterior) derivado de la ejecución de su prestación por la otra parte, el importe de tal beneficio será repetible sin exceder de su valor, siempre que el tribunal lo considere justo teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso” (16).

Tal vez el avance más destacable de la Ley de 1943 respecto a la situación anterior, uno de cuyos exponentes más relevantes podría ser la sentencia del caso Fibrosa, es que los tribunales, dotados de amplias facultades, pueden reconocer, no sólo el reembolso de los pagos realizados sino también una compensación por el beneficio obtenido por la contraparte, sin perjuicio de que ésta pueda retener a su vez una suma razonable dirigida a cubrir los gastos ya realizados en cumplimiento del contrato. Con lo que se evita enriquecimiento injusto de una parte a costa de la otra.

Además, resulta muy acorde con el sistema del “*common law*” que la citada Ley haya dejado en manos de los tribunales la determinación sobre

cuándo y de qué manera se producirán la imposibilidad de cumplimiento o la frustración que dan lugar a la resolución o extinción (*discharge*) del contrato.

Sobre este importante aspecto de la cuestión conviene puntualizar que, en principio, la imposibilidad (*impossibility*) incide en la prestación en tanto que la frustración afecta al contrato. Además, la imposibilidad debe distinguirse de la impracticabilidad (*impracticability*, que sólo implica la dificultad o mayor onerosidad sobrevenida para el cumplimiento de la prestación y cuyo principal valedor en el mundo anglosajón son los Estados Unidos.

Por otra parte, la imposibilidad se centra casi siempre en la prestación de cosas específicas o no fungibles, es decir no sustituibles por otras. Esta peculiaridad hace que, por ejemplo, en algunos contratos, como la compraventa o el suministro, la imposibilidad impacte más en los vendedores o suministradores que en los compradores o adquirentes, ya que estos, en general, suelen cumplir con su obligación pagando en dinero que es el bien fungible por excelencia.

(16) El texto de las secciones de la “Law Reform (Frustrated Contracts)” Act 1943 citadas en el cuerpo de este escrito dice así: “

(1) Where a contract governed by English law has become impossible of performance or been otherwise frustrated, and the parties thereto have for that reason been discharged from the further performance of the contract, the following provisions of this section shall, subject to the provisions of section two of this Act, have effect in relation thereto.

(2) All sums paid or payable to any party in pursuance of the contract before the time when the parties were so discharged (in this Act referred to as “the time of discharge”) shall, in the case of sums so paid, be recoverable from him as money received by him for the use of the party by whom the sums were paid, and, in the case of sums so payable, cease to be so payable. Provided that, if the party to whom the sums were so paid or payable incurred expenses before the time of discharge in, or for the purpose of, the performance of the contract, the court may, if it considers it just to do so having regard to all the circumstances of the case, allow him to retain or, as the case may be, recover the whole or any part of the sums so paid or payable, not being an amount in excess of the expenses so incurred.

(3) Where any party to the contract has, by reason of anything done by any other party thereto in, or for the purpose of, the performance of the contract, obtained a valuable benefit (other than a payment of money to which the last foregoing subsection applies) before the time of discharge, there shall be recoverable from him by the said other party such sum (if any), not exceeding the value of the said benefit to the party obtaining it, as the court considers just, having regard to all the circumstances of the case (...).”

Establecido lo anterior, hay que señalar que la jurisprudencia posterior, que sigue desempeñando un importante papel en la aplicación de la Ley de 1943, se inclina más por la frustración que por la imposibilidad. Así, en el caso *Gamerco v. I.C.M.*, que se trató de la suspensión de un concierto a celebrar en el estadio Vicente Calderón en el verano de 1992 ordenada por la Comunidad Autónoma de Madrid por razones de seguridad, el juez aplicó el criterio de la frustración porque de esta forma se repartían más equitativamente entre las partes las consecuencias ligadas a la supresión del concierto, deshaciéndose además el vínculo contractual.

A lo que cabría añadir que como el Derecho inglés en esta materia es más laxo que buena parte del continental, en la medida en que no exige expresamente que el cambio de circunstancias que frustra o hace imposible el cumplimiento del contrato haya de ser debido a hechos o acontecimientos extraordinarios o fuera de lo común, consideramos que la Ley de 1943 podría ser también aplicable a la frustración de algunos contratos debida al BREXIT, sobre todo aquellos en que de su interpretación no pueda inferirse la inmutabilidad del negocio frente a la alteración de las circunstancias.

También, procede recordar algunas determinaciones de la expresada Ley de 1943 que estimamos de interés. Así, de acuerdo con la sección 22(2) la misma se aplicará tanto a los contratos entre sujetos privados como a aquellos en que sea parte la Administración (*The Crown*); previsión lógica puesto que en el Derecho inglés la Administración está sometida prácticamente a las mismas reglas que el resto de ciudadanos, contrariamente al Derecho continental en el que las Administraciones públicas suelen tener su propia normativa en materia de contratación (17).

En cambio, según la sección 2(3) la Ley no se aplicará cuando los contratantes hayan excluido expresa o implícitamente su aplicación (*contrary agreement*), es decir hayan previsto alguna disposición destinada a surtir efecto para el caso de que surjan circunstancias que frustren el contrato; teniendo, por tanto, la mencionada Ley en este aspecto carácter dispositivo, como lo tienen igualmente normas similares en los países continentales, aún sin decirlo con tanta claridad. Lo que podría explicarse por el deseo parlamentario de exteriorizar la intención de no invadir por completo todo un espacio tradicionalmente reservado a los tribunales.

Por otro lado, conforme a la sección 2(4) si un contrato se puede descomponer en diversas prestaciones separables del resto de las que lo integren, y algunas de ellas hubieran sido totalmente ejecutadas antes del momento frustrante, la Ley no se aplicará a tales prestaciones como si procedieran de un contrato diferente. Previsión que, aparte de separarse del criterio imperante en el "*common law*" de que la frustración afecta a los contratos y no a las prestaciones, concibe como una excepción lo que en los sistemas jurídicos continentales acostumbra a ser la regla general, a saber: que hay que modificar o conservar los contratos con preferencia a resolverlos o extinguirlos.

Asimismo y a tenor de la sección 2(5), la Ley de que se trata tampoco se aplicará, aunque por otros motivos, a los contratos de transporte marítimo de mercancías (*charterparty*), al arrendamiento de buques (*charterparty by way of demise*), a los contratos de seguro (*insurance contracts*), ni a los contratos de venta de bienes no fungibles (*specific goods*).

(17) En España la normativa de contratación a que viene sujeta la Administración pública es el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público.



La justificación de excluir los contratos relacionados con la navegación marítima se apoya en que el Derecho marítimo tiene sus propias reglas de distribución de riesgos, muy diferentes de las que gobiernan el resto de relaciones contractuales debido a las diferentes características, nivel de imprevisión y grado de intensidad de los acontecimientos frustrantes en esta clase de navegación. Explicándose sin dificultad alguna y por sí misma la exclusión del resto de contratos.

Por último y para concluir este apartado, conviene no perder de vista que la jurisprudencia sigue jugando un importantísimo papel en la modificación o resolución de relaciones contractuales por circunstancias sobrevenidas, pese a la existencia de la *"Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943"*, hasta el punto de que, por ejemplo y con toda razón, ha impuesto ciertos límites a su aplicación, como puede ser y entre otros, que la frustración del contrato ha de obedecer a circunstancias realmente imprevisibles, como mínimo a nivel de las partes.

En consecuencia, y no obstante la relativa incertidumbre que supone el que no todo figure en el texto de una ley, estimamos que una reclamación de resolución o, incluso tal vez, de revisión contractual fundada en la aparición del COVID-109 después de celebrado el contrato, podría ser invocada ante la jurisdicción inglesa con fundamento en la repetida Ley.

V

EL CAMBIO IMPREVISTO DE CIRCUNSTANCIAS EN LOS ESTADOS UNIDOS Y LA REPÚBLICA POPULAR CHINA

A) ESTADOS UNIDOS

A pesar de que el Derecho de los Estados Unidos, en adelante USA, gira en la órbita del *"common law"*, con el consiguiente protagonismo de los tribunales, podríamos decir que esta materia se

encuentra situado a medio camino entre el Derecho continental y el Derecho anglosajón.

Así, hay que señalar que coexisten dos regulaciones que se ocupan de la incidencia de las circunstancias sobrevenidas en la vida de los contratos que, de algún modo y como veremos más adelante, se aproximan más al modelo continental que al inglés, sin perjuicio del relevante papel que siguen desempeñando las decisiones de los tribunales. Se trata del llamado *"Restatement (Second) of the Law of Contracts"* (Reformulación (segunda) del Derecho de los contratos), en lo sucesivo *"Restatement"*, y del *"Uniform Commercial Code"* (Código comercial uniforme), en adelante UCC.

El primero, el *"Restatement"*, reformula y recopila los principios generales del Derecho común de los contratos, y aunque ha sido elaborado por una institución privada, el *"American Law Institute"*, no tratándose por ello de una norma con rango de ley, tiene un amplio reconocimiento y es aplicado por los jueces y tribunales. El segundo, el UCC, como aprobado y promulgado por el legislador, tiene la naturaleza formal y material de ley, si bien su ámbito de aplicación en lo que aquí concierne es más limitado en la medida en que sólo se aplica a los contratos de compraventa.

En lo que se refiere al *"Restatement"*, su artículo 261 trata de la *impracticability* (suma dificultad) y su artículo 265 se ocupa de la *frustration* (frustración) de los contratos.

El artículo 261, bajo el título de "Liberación por impracticabilidad sobrevenida", dispone que: "Cuando, después de celebrado un contrato, la prestación de una parte se hace impracticable sin su culpa por la producción de un acontecimiento cuya no ocurrencia era un supuesto básico en el que se basó el contrato, dicha parte queda liberada del deber de cumplir su prestación, a menos que el tenor del contrato o las circunstancias indiquen lo contrario".



Este artículo parte de la suposición de que el contrato se ha celebrado bajo la implícita condición (*implied condition*) de que el acontecimiento impeditivo de la prestación de una de las partes no se produciría, por lo que éstas sufrieron un error al entender lo contrario. La jurisprudencia interpretando este precepto ha declarado que el error ha de ser de ambas partes, de forma que rompa el equilibrio del intercambio de beneficios, no teniendo que haber sido asumido en el contrato. Como antes ya hemos indicado, si el evento causante del error ya existiese al tiempo de la formalización del contrato, en realidad, lo que daría pie para romper el contrato sería un vicio de la voluntad y no una circunstancia sobrevenida.

Además, la impracticabilidad (*impracticability*) acostumbra a concebirse como una justificación del incumplimiento de la parte afectada debido a una excesiva dificultad sobrevenida, imprevisible e irrazonable para la ejecución de su prestación que le faculta para solicitar a la otra parte la modificación del contrato. Cosa que, sin duda, y excepto el trascendente aspecto de que no se requiere que el acontecimiento que grava o dificulta la prestación tenga carácter extraordinario, aproxima el sistema estadounidense a los modelos continentales anteriormente examinados que, como ya hemos visto, se decantan más hacia la modificación o adaptación del contrato que a su resolución o extinción.

Y también el sistema estadounidense se aproxima en algún aspecto a la doctrina alemana de la base del negocio, al referirse al supuesto básico cuya no producción asentaba el contrato.

Por su parte, el artículo 265, bajo el título "*Liberación por frustración sobrevenida*", determina que:

"Cuando, después de celebrado un contrato, la finalidad principal perseguida por una parte se vea sustancialmente frustrada sin su culpa por la producción de un acontecimiento cuya no ocurrencia era un supuesto básico en el que se basó el contrato, aquella queda liberada del resto de sus obligaciones contractuales, a menos que el tenor del contrato o las circunstancias indiquen lo contrario"⁽¹⁸⁾.

En este caso, el texto del artículo recoge el criterio de la frustración (*frustration*), que se diferencia del que se apoya en el error, con el que se podría confundir, en que ninguna de las prestaciones del contrato es imposible o impracticable, pero un acontecimiento sobrevenido ha frustrado su finalidad, es decir lo ha privado de sentido liberando o excusando su cumplimiento. Por ello, el alcance o efectos de la frustración es más riguroso o estricto que el de la impracticabilidad, pues casi siempre conduce a la resolución o extinción de la relación contractual y no a su modificación o adaptación. No obstante, cuando la frustración de la finalidad perseguida al contratar no es común a las partes, el supuesto parece que no guarda gran distancia con la impracticabilidad y que la solución tendría que ser la misma.



(18) El texto en inglés de los artículos 261 y 265 des "*Restatement*", es como sigue: § 261. "Discharge by Supervening Impracticability". "Where, after a contract is made, a party's performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary". § 265. "Discharge by Supervening Frustration".

"Where, after a contract is made, a party's principal purpose is substantially frustrated without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his remaining duties to render performance are discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary".



Una cuestión adicional que principalmente se plantea al aplicar el criterio o doctrina de la impracticabilidad, es la relativa a la indemnización del daño contractual que ocasiona a una parte el incumplimiento de la otra. La compensación de este daño, en principio, debería recaer sobre la parte que se libera de su prestación, pero siempre, como es lógico, con el límite de no superar el coste de la prestación dejada de cumplir y teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Finalmente y cerrando el tema, el artículo 272.2 del *“Restatement”*⁽¹⁹⁾ establece que si la extinción del contrato da lugar a un resultado injusto, el juez estará facultado para adoptar las medidas que estime pertinentes para evitar la injusticia, incluyendo la modificación del contrato. Alternativa, esta última que, a nuestro modo de ver, reconduce la cuestión en cierta medida a los dominios del *“common law”* y de la judicialización de la materia, con todo y que en el Derecho anglosajón, como ya sabemos, la modificación de un contrato por causas sobrevenidas, y no su resolución o extinción, tiene que ser considerada como algo muy excepcional, como antes ya hemos dicho.

En lo que concierne al artículo 2-615 del UCC, bajo el título *“Excuse by Failure of Presupposed Conditions”* (Disculpa por fallo de las condiciones predispuestas), el mismo prescribe que:

“Salvo que el vendedor haya asumido una mayor responsabilidad (...) la demora en la entrega o la falta de entrega total o parcial por parte del vendedor (...), no constituirá un incumplimiento de sus obligaciones en virtud de un contrato de

compraventa, si el cumplimiento de lo convenido se ha hecho impracticable por la aparición de una contingencia cuya no ocurrencia era un supuesto básico en que se basaba el contrato o por el cumplimiento de buena fe de cualquier reglamentación gubernamental extranjera o nacional aplicable, independientemente de que con posterioridad resulte o no inválida”⁽²⁰⁾.

El juicio sobre este precepto debe comenzar señalando que de acuerdo con los comentarios oficiales vertidos acerca del mismo, (*Official Comment*), la asunción de una mayor responsabilidad por el vendedor puede derivar bien de un acuerdo en los términos expresados en el contrato, bien de las circunstancias que lo rodeen o de los usos comerciales o prácticas equivalentes, que hacen que esta mayor responsabilidad se haya de integrar en el riesgo normal del negocio (apartado 8).

En otro orden de consideraciones, hay que destacar asimismo que tanto *“Restatement”* como el UCC, como ya se ha recordado más atrás, se fundamentan en la suposición (*basic assumption*) de que no ocurrirá una determinada eventualidad y, por tanto, cuando de forma imprevista sucede, el cumplimiento del contrato queda comercialmente muy dificultado, resultando afectado el equilibrio contractual, o incluso frustrado respecto a los objetivos perseguidos por los contratantes. De todas maneras, en el UCC la dificultad o impracticabilidad se concibe como algo más limitada o estricta que en el *“Restatement”*, al no amparar que la onerosidad o el mayor coste de la prestación tenga efectos liberatorios.

(19) El § 272 (2) del Restatement, bajo el título *“Relief Including Restitution”*, dispone literalmente que: *“In any case governed by the rules stated in this Chapter, if those rules together with the rules stated in Chapter 16 will not avoid injustice, the court may grant relief on such terms as justice requires including protection of the parties’ reliance interests”*.

(20) El artículo 2-615 del UCC en versión original determina que: *“Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller (...) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid”*.



Así, en los comentarios oficiales al 2-615 del UCC antes referidos, también se precisa que el aumento de los costes no excusa por sí solo el cumplimiento del contrato, a menos que se deba a alguna contingencia imprevista que altere la naturaleza esencial de la ejecución. Tampoco el aumento o el hundimiento del mercado es en sí mismo una justificación, ya que es exactamente el tipo de riesgo comercial que los contratos comerciales celebrados a precios fijos pretenden cubrir. Pero una grave escasez de materias primas o de suministros debida a una contingencia como la guerra, el embargo, la pérdida de cosechas locales, el cierre imprevisto de las principales fuentes de abastecimiento o similares, que o bien provoca un notable aumento de los costes o bien impide totalmente al vendedor asegurar los suministros necesarios para su ejecución, está dentro del ámbito del precepto (apartado 4).

Por último, respecto a la exención relativa al cumplimiento de buena fe de cualquier reglamentación extranjera o nacional aplicable al caso que impida o retrase el cumplimiento de la prestación del vendedor, los mencionados comentarios oficiales especifican que debe hacerse caso omiso de toda distinción técnica entre ley, reglamento, orden y similares, y que la mejor prueba de la buena fe del vendedor es su aceptación comercial del reglamento gubernamental que se interfiera en la ejecución del contrato (apartado 10).

Siendo evidente que probablemente la regulación norteamericana sobre circunstancias sobrevenidas que afecten al normal desarrollo y funcionamiento de los contratos y, muy especialmente, el último párrafo del artículo 2-615 del UCC, es la que parece ofrecer el cauce más propicio para posibles demandas de modificación o resolución de contratos a causa de las medidas adoptadas por los Gobiernos para combatir la pandemia originada por el COVID-19.

B) REPÚBLICA POPULAR CHINA

El pasado 28 de mayo fue aprobado el nuevo Código Civil de la República Popular China (*"Civil Code of the People's Republic of China"*), el cual entrará en vigor el próximo 1 de enero de 2021. El nuevo Código deroga, entre otras muchas disposiciones legales, la Ley de Contratos de la República Popular China, aprobada el 15 de marzo de 1999 (*"Contract Law of the People's Republic of China"*).

Sin embargo, como aún se encuentra vigente la Ley de 1999 y su derogación no tiene carácter retroactivo, aplicándose, por ello, a los contratos celebrados durante el tiempo en que ha estado en vigor, procederemos, en primer lugar, a analizar brevemente su contenido en lo que se refiere al cambio de circunstancias, y, en segundo lugar, a examinar las previsiones del nuevo Código Civil sobre la misma cuestión.

Sobre el expresado Código y en un comentario muy general, solo queremos indicar que sin perjuicio de representar un sistema de Derecho civil completo, parece que, aparte de ciertas novedades en determinados campos, su verdadero propósito ha sido codificar o refundir las diferentes leyes sectoriales existentes, como son: la Ley del Matrimonio de 1980 (enmendada en 2001); la Ley de Herencia de 1985; la Ley de los Principios Generales del Derecho Civil de 1986 (enmendados en 2009); la Ley de Adopción de 1991 (enmendada en 1998); la Ley de Garantía de 1995; la Ley de Contratos de 1999; la Ley de Derechos Reales de 2007; y la Ley de Responsabilidad Civil de 2009 (21).



(21) En general, las leyes de la China continental no se aplican a Hong Kong y Macao, que tienen sus propios sistemas jurídicos y se rigen por su Derecho consuetudinario o por las normas que elaboran sus propios cuerpos legislativos.



Siendo uno de los campos donde el nuevo Código Civil creemos que ha innovado respecto a la Ley de contratos de 1999, el de modificación o resolución de contratos por alteración de las circunstancias existentes al contratar, como seguidamente se podrá comprobar.

En efecto, dejando de lado que el artículo 110 de la mencionada Ley establece algunas excepciones al cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias, entre ellas la imposibilidad de cumplimiento, de hecho o de derecho, o el coste excesivo de la prestación, lo que se revela una cierta inclinación, aunque no suficientemente desarrollada, hacia los criterios de la imposibilidad o impracticabilidad muy arraigados en los Estados Unidos, la realidad es que el centro de la regulación se hace girar por la Ley en torno a la fuerza mayor --de no fácil aplicación, como antes ya se ha dicho, a los contratos de ejecución continuada o de larga duración--, y no en el cambio de circunstancias. Así se desprende del contenido de los artículos que a continuación se pasan a detallar (22):

-Artículo 94. "Las partes pueden resolver el contrato en cualquiera de las siguientes circunstancias: 1) si se hace imposible alcanzar el fin del contrato debido a un evento de fuerza mayor (...).

-Artículo 117. "Si un contrato no puede cumplirse por causa de fuerza mayor, las obligaciones de las partes quedarán extinguidas, en todo o en parte,

según el impacto de la fuerza mayor, a menos que legalmente se disponga lo contrario. Si la fuerza mayor se produce después de que una de las partes haya incurrido en mora, esta parte no podrá quedar exenta de responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones.

A los fines de esta ley, fuerza mayor significa cualquier circunstancia objetiva que sea imprevisible, inevitable e insuperable".

-Artículo 118. "Cualquiera de las partes que no pueda cumplir el contrato por causa de fuerza mayor, deberá notificarlo oportunamente a la otra parte para reducir las pérdidas que podrían serle causadas, y proporcionarle la prueba del evento de fuerza mayor dentro de un plazo razonable".

-Artículo 119. "Después de que una parte haya incumplido el contrato la otra parte adoptará las medidas apropiadas para evitar el aumento de las pérdidas; la parte que no adopte las medidas apropiadas preventivas y, por tanto, agrave las pérdidas, no puede exigir una compensación por las pérdidas adicionales.

Los gastos razonables en que incurra la otra parte para evitar el agravamiento de la pérdida, correrán a cargo de la parte que incumpla".

Pues bien, frente a esta regulación, cuyo aspecto más preocupante es concebir a la fuerza mayor como un suceso que, además de ser imprevisible e inevitable, ha de ser insuperable, el artículo 533 del recién estrenado Código Civil establece que:

(22) La versión en inglés de los citados preceptos de la "Contract Law of the People's Republic of China es como sigue: Article 94. "The parties may dissolve the contract under any of the following circumstances: (1) the aim of the contract cannot be attained because of force majeure"; Article 117. "If a contract cannot be fulfilled due to force majeure, the obligations may be exempted in whole or in part depending on the impact of the force majeure, unless laws provide otherwise. If the force majeure occurs after a delayed fulfillment, the obligations of the party concerned may not be exempted. Force majeure as used herein means objective situations which cannot be foreseen, avoided or overcome"; Article 118. "Either party that is unable to fulfill the contract due to force majeure shall notify the other party in time in order to reduce losses possibly inflicted to the other party, and shall provide evidence thereof within a reasonable period of time"; Article 119. "After either party breaches the contract, the other party shall take appropriate measures to prevent the increase of the loss, the party that fails to take appropriate preventive measures and thus aggravates the loss may not claim compensation for the increased part of the loss. The reasonable expenses incurred by the other party in preventing the aggravation of the loss shall be borne by the breaching party".



“Una vez formalizado el contrato, si las condiciones subyacentes al mismo han sufrido cambios significativos que las partes no podían prever en el momento de su celebración, sin que no constituyan riesgos comerciales, siendo la continuación en el cumplimiento del contrato manifiestamente injusta para una de las partes, la parte perjudicada podrá renegociar con la otra parte; si no es posible realizar una renegociación en un plazo razonable, las partes podrán solicitar al tribunal popular o a una institución de arbitraje que modifique o rescinda el contrato.

El tribunal popular o la institución de arbitraje modificará o rescindiré el contrato según el principio de equidad, teniendo en cuenta las circunstancias reales del caso” .

Es cuestionable que con la adopción de este precepto se ha abordado directamente el cambio de circunstancias en la contratación con una visión mucho más amplia y comprensiva que la que ofrecía la Ley de 1999, centrada, como ya hemos señalado, en los sucesos de fuerza mayor. Sucesos que ahora, más rigurosamente, se contemplan como una causa autónoma de resolución de los contratos diferente de la alteración de circunstancias en los artículos 563, primer inciso y 590 del Código Civil.

Atendido el contenido del precepto que se acaba de transcribir, no hay duda de que el modelo articulado en la República Popular China para la alteración de circunstancias que afecten a la contratación, como la provocada por el COVID-19, se ha decantado claramente hacia los modelos continentales más que respecto a los anglosajones y, en particular, sobre la normativa alemana y la propuesta de la Comisión General de Codificación sobre modernización de nuestro Código Civil. Ello

permite, en lo menester y en aras a evitar repeticiones, dar aquí por reproducidas buena parte de las consideraciones hechas a propósito de aquellas regulaciones.

No obstante, conviene llamar la atención acerca de dos extremos, uno interno y otro externo al citado precepto. El primero, que en el mismo no se contempla la figura del desistimiento para los contratos de larga duración, como posibilidad ligada a los cambios de circunstancias; y, el segundo, que la doctrina del Tribunal Supremo del Pueblo tiene en China casi el mismo valor que el de una ley positiva, debido quizás a la generalidad de la mayoría de formulaciones legales y a una cierta dispersión normativa que justamente ha tratado de evitar el nuevo Código Civil. De esta suerte, las leyes son ampliamente interpretadas por el mencionado Tribunal con una libertad de apreciación tal que, según observan algunos comentaristas, a veces incluso excede del ámbito de la ley que se trata de interpretar y aplicar.

VI

CONCLUSIÓN

A modo de síntesis de todo lo anterior, sólo queda añadir que en todos los países europeos a que nos hemos referido, así como en los Estados Unidos, se dispone de herramientas para hacer frente, con mayores o menores posibilidades de éxito, a las incidencias que la pandemia causada por el COVID-19 ha producido en muchos contratos y, de manera especial, en los de ejecución continuada o de larga duración. También la República Popular China se encuentra en una situación parecida, sobre todo desde la reciente promulgación de su Código Civil. ■

(23) El texto en inglés del artículo 533 del nuevo Código Civil de la República Popular China es como sigue: “After the contract has been established, if the conditions underlying the contract have undergone significant changes which the parties could not foresee at the time of the conclusion of the contract and which do not constitute commercial risks, and if the continued performance of the contract is manifestly unfair to one of the parties, the aggrieved party may renegotiate with the other party; if consultation is not possible within a reasonable time, the parties may request the People’s Court or the arbitration institution to amend or terminate the contract.- The people’s court or arbitration institution shall modify or terminate the contract according to the principle of equity, taking into account the actual circumstances of the case”.



Port de Barcelona

Un horizonte compartido, un esfuerzo colectivo

Trabajamos para conectar las empresas con el mundo y hacer más competitiva la economía.
Lo hacemos con las 500 empresas y los 32.000 trabajadores de la Comunidad Portuaria.
Juntos consolidamos Barcelona como el *smart port* de referencia del sur de Europa.

Súmate: Avanzamos juntos.

www.portdebarcelona.cat