24/03/2020 17:28:13

LA RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE CLIENTE Y AGENCIA CON MOTIVO REAL DECRETO 463/2020, DE 14 DE MARZO, POR EL QUE SE DECLARA EL ESTADO DE ALARMA PARA LA GESTIÓN DE LA SITUACIÓN DE CRISIS SANITARIA OCASIONADA POR EL COVID-19.

24 de marzo de 2020

INTRODUCCIÓN

Dada la actual situación de emergencia sanitaria y estado de alarma en nuestro país, son muchas las dudas que suscita tal escenario en el ámbito contractual: ¿Qué validez tienen los contratos?, ¿se han de cumplir las obligaciones acordadas entre las partes?, ¿se pueden exigir las facturas emitidas?, ¿se podrán emitir nuevas facturas?

Ante tales hechos sin duda excepcionales, las consecuencias económicas están emergiendo rápidamente y es por ello que en estos días se acude de forma recurrente al concepto de *Fuerza Mayor* para poder evitar, mitigar o derivar las obligaciones contractuales adquiridas por las partes en el tráfico mercantil.

Por ello, el objetivo del presente informe es definir el concepto de *Fuerza Mayor*, determinar su aplicabilidad y requisitos, y vislumbrar las posibles consecuencias de su aplicación en los contratos de las agencias con sus clientes.

Actualmente, las agencias tienen en vigor contratos de prestación de servicios publicitarios o de marketing, que pueden estar quedando suspendidos o cancelados por parte de sus clientes.

1.- DEFINICIÓN DE FUERZA MAYOR

2.- REQUISITOS DE LA FUERZA MAYOR

3.- PRINCIPIO “PACTA SUNT SERVANDA” Y CLÁUSULA “REBUS SIC STANTIBUS”

4.- APLICACIÓN EN LOS CONTRATOS DE AGENCIA

RIESTRA ABOGADOS
Marketing Legal
Paseo de la Castellana, 135 - 7ª pta.
28046 Madrid
t- (34) 91 790.68.94
f- (34) 91 790.68.69

24/03/2020 17:28:13

1.- DEFINICIÓN DE FUERZA MAYOR

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española define *Fuerza Mayor* de la siguiente manera:

> *"Fuerza que, por no poderse prever o resistir, exime del cumplimiento de alguna obligación."*

Asimismo, el Diccionario del Español Jurídico del Consejo General del Poder Judicial y la RAE define la *Fuera Mayor* como aquella

> *"circunstancia imprevisible e inevitable que altera las condiciones de una obligación. Son supuestos típicos de fuerza mayor los acontecimientos naturales extraordinarios como las inundaciones catastróficas, los terremotos, la caída de un rayo, etc."*

Dentro de la definición aportada por el Diccionario del Español Jurídico se menciona la Sentencia del Tribunal Supremo 6425/2006 en el que se enumeran los requisitos de la Fuerza Mayor:

> *La fuerza mayor, como tantas veces hemos declarado, no sólo exige que obedezca a un acontecimiento que sea imprevisible e inevitable, como el caso fortuito, sino también que tenga su origen en una fuerza irresistible extraña al ámbito de actuación del agente […]*
>
> *Debe consiguientemente examinarse si estamos o no ante una situación extraordinaria, inevitable o imprevisible, o si por el contrario nos hallamos en presencia de una situación previsible con antelación suficiente que hubiera permitido adoptar medidas a la Administración que evitasen los daños causados o determinar un incumplimiento de las medidas de policía que le correspondían en cuanto a la conservación del cauce.*

Por tanto, a modo de resumen **podremos definir la *fuerza mayor* como aquellas circunstancias imprevisibles e inevitables que tengan su origen en una fuerza irresistible, y el estado de alarma decretado es una de ellas.**

Aplicada dicha definición al ámbito contractual, la *fuerza mayor* tendría como resultado la imposibilidad por parte del deudor de cumplir con las obligaciones a las que éste se comprometió en virtud de un pacto o contrato.

RIESTRA ABOGADOS
Marketing Legal
Paseo de la Castellana, 135 - 7ª pta.
28046 Madrid
t- (34) 91 790.68.94
f- (34) 91 790.68.69

Nuestra normativa no ofrece una definición expresa de *fuerza mayor.* En este sentido, nuestro Código Civil, pese a que no ofrece tampoco una definición expresa al término *fuerza mayor*, hace mención de ella en diferentes partes de su articulado. En concreto, en su artículo 1105, establece lo siguiente:

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

2.- REQUISITOS DE LA FUERZA MAYOR

El artículo 1105 del Código Civil que antes mencionábamos, así como el Diccionario de Español Jurídico establece dos requisitos fundamentales para considerar que estamos ante una *fuerza mayor*: **la imprevisibilidad** y la **inevitabilidad.**

Asimismo, en reiteradas ocasiones, el Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto estableciendo los requisitos necesarios para determinar la existencia de *fuerza mayor* (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1965, 9 y 10 de junio, y 31 de octubre de 1986, 6 de abril de 1987, y 28 de febrero de 1991). Esta jurisprudencia establece que para que exista la exoneración de responsabilidad del art. 1105 del Código Civil, es necesario que el suceso sea imprevisible o insuperable e irresistible, y que por tanto no se deba a la voluntad del obligado; que haga imposible el cumplimiento de la obligación; así como que haya relación entre el evento y el resultado.

Por tanto, los requisitos establecidos por la jurisprudencia para determinar la existencia de *fuerza mayor* son los siguientes:

- Imprevisible.
- Inevitable.
- Insuperable o irresistible.
- Que no se deba a la voluntad del deudor.
- Imposible el cumplimento de una obligación previamente contraída e impida el nacimiento de la que pueda sobrevenir.
- Que entre dicho resultado y el evento que lo produjo existe un nexo de causalidad.

RIESTRA ABOGADOS
Marketing Legal
Paseo de la Castellana, 135 - 7ª pta.
28046 Madrid
t- (34) 91 790.68.94
f- (34) 91 790.68.69

Una vez definida la *fuerza mayor* y sabiendo de antemano que su invocación no siempre será sencilla, debemos analizar la aplicación de tal concepto a la situación que a día de hoy estamos viviendo en el mundo y de forma más concreta en España.

Con respecto a las relaciones contractuales, existe un principio fundamental del Código Civil que rige de forma general en todos los contratos. Nos referimos al principio *Pacta sunt servanda,* cuya traducción y significado viene a decir que "*los acuerdos deben ser mantenidos*". Dicho principio está íntimamente ligado a su excepción, que viene dada por la cláusula *Rebus sic stantibus* que podríamos traducirlo como "*estando así las cosas"* (Diccionario del Español Jurídico) y que cuyo significado nos dice que *las obligaciones derivadas de un negocio jurídico vinculan en tanto en cuanto no varíen esencialmente las circunstancias bajo las cuales se realizó el negocio* (Diccionario del Español Jurídico).

Los supuestos de la pandemia por el Covid-19 entrarían en el supuesto previsto en el artículo 1105 del Código Civil de fuerza mayor, a través del cual la Ley establece que a excepción de los casos expresamente mencionados en la ley, o sean naturales de la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o, que, previstos, fueran inevitables. Siguiendo con este artículo debemos analizar lo indicado por el principio "*Pacta sunt servanda*" y la cláusula "*Rebus sic Stantibus*".

3.- PRINCIPIO "PACTA SUNT SERVANDA" Y CLÁUSULA "REBUS SIC STANTIBUS"

El principio "*Pacta sunt servanda*" nace de los siguientes artículos del Código Civil:

> ***Artículo 1089*** *Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.*
>
> ***Artículo 1091*** *Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos.*
>
> ***Artículo 1255*** *Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.*
>
> ***Artículo 1258*** *Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a*

RIESTRA ABOGADOS
Marketing Legal
Paseo de la Castellana, 135 - 7ª pta.
28046 Madrid
t- (34) 91 790.68.94
f- (34) 91 790.68.69

todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

A través de este principio la ley obliga a las partes a todo lo pactado y que los acuerdos deben de mantenerse, pese a las circunstancias. No obstante y a través de la cláusula "***Rebus sic Stantibus***", nacida de la doctrina y la jurisprudencia, supone una modificación de las obligaciones inicialmente asumidas por las partes en el contrato; es en definitiva una alteración del principio sagrado del "*Pacta sunt servanda*".

Esta excepción debe admitirse y aplicarse con cautela cumpliendo los requisitos que estudiaremos a continuación, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La principal finalidad de esta cláusula es intentar compensar el desequilibrio de las partes cuando una circunstancia excepcional o extraordinaria acontece. Dicha circunstancia excepcional tiene que tener un carácter imprevisible en el momento de celebrarse el contrato. Es decir, actúa en casos de fuerza mayor cuando las circunstancias acontecidas son inesperadas por las partes en el momento de firmar el contrato, siendo a todas luces circunstancias sobrevenidas.

A estas alturas de la pandemia del Covid-19 declarada por la OMS, que ha derivado en la declaración del Estado de Emergencia por el Gobierno Español a través de la entrada en vigor del RD 463/2020, de 14 de marzo, viene siendo cada vez más admitido por los profesionales del Derecho que este hecho representa una situación imprevisible o inevitable por las partes según lo recogido en la sentencia del Tribunal Supremo 333/2014, de 30 de junio, que avalaría aplicar la cláusula "*Rebus sic Stantibus*" a la situación de pandemia por el Covid-19.

La aplicación de la cláusula "*Rebus sic Stantibus*" tendrá por objetivo conceder una moratoria o suspensión del contrato con la finalidad de que una vez desaparezcan las circunstancias excepcionales, la parte que debía cumplir y que debido a las mismas no pueda, cumpla finalmente.

No obstante lo anterior, para poder admitir la aplicación de la "*Rebus sic Stantibus*" por parte de un cliente respecto a un contrato vigente, primero, y según la STS 5/2019 de 9 de septiembre, habrá que atender a lo que determine el contrato, es decir, las partes han podido pactar forma expresa o implícita que una de las partes ha asumido el riesgo de supuestos imprevisibles o inevitables (art. 1105 del Código Civil). En tal caso no se aplicarán esas reglas sino lo pactado de forma expresa o implícita por las partes. Sin embargo este tipo de cláusulas

RIESTRA ABOGADOS
Marketing Legal
Paseo de la Castellana, 135 - 7ª pta.
28046 Madrid
t- (34) 91 790.68.94
f- (34) 91 790.68.69

no son frecuentes en los contratos de prestación de servicios, y en especial en los de publicidad, marketing, comunicación.

Además, para aplicar la cláusula "*Rebus sic Stantibus*" se deberían cumplir los siguientes requisitos según la sentencia del Tribunal Supremo 333/2014, de 30 de junio:

- La finalidad económica del contrato se frustra o se torna inalcanzable, esto es, tiene que existir una causalidad directa entre la circunstancia imprevista y el incumplimiento de la parte. Por lo tanto, se aplicaría si dicho cambio de las circunstancias tiene entidad suficiente de manera que altera el estado de las cosas de un modo relevante, y si dicha alteración debe tener consecuencias para las partes implicadas.

  Además habrá que apreciar la imposibilidad de cumplimiento de la parte que está en imposibilidad de cumplir, haciendo todo lo posible para vencer la imposibilidad. Es decir, no habría que olvidarse de la aplicación del principio de la "buena fe" que impera en los contratos.

- Para valorar la excepcionalidad de las circunstancias, se deberá comparar la mutación o cambio de circunstancias con los riesgos derivados del cumplimiento del contrato, de forma que para la aplicación de la cláusula "Rebus sic Stantibus" el cambio o mutación de las circunstancias debe quedar excluido del "riesgo normal" inherente o derivado del contrato.

  En este sentido, la pandemia del Covid-19 no puede asociarse a un riesgo inherente a los contratos por su carácter de imprevisible y su excepcional manifestación ante la intensidad del fenómeno, siguiendo la sentencia del Tribunal Supremo 227/2015 de 30 de abril de 2015.

- Tal circunstancia excepcional debe afectar a la equivalencia o proporción entre las prestaciones de las partes, destruyendo la dualidad prestación y contraprestación. De forma que la excesiva onerosidad de una parte, supondrá una alteración económica extraordinaria del contrato, quedando las partes en desigualdad de condiciones, produciéndose dos situaciones, la primera el incremento del coste de la prestación, o bien, que se produzca una disminución del valor de la contraprestación recibida. Tal alteración en términos económicos, ha de ser importante, pero no debe provocar la imposibilidad de cumplimiento.

RIESTRA ABOGADOS
Marketing Legal
Paseo de la Castellana, 135 - 7ª pta.
28046 Madrid
t- (34) 91 790.68.94
f- (34) 91 790.68.69

Asimismo, llevará a un resultado reiterado de pérdidas (imposibilidad económica) o a la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta del carácter retributivo de la prestación). En otros casos, el resultado negativo debe desprenderse de la relación económica que se derive del contrato en cuestión, sin que quepa su configuración respecto de otros parámetros más amplios de valoración económica: balance general o de cierre de cada ejercicio de la empresa, relación de grupos empresariales, actividades económicas diversas, etc.

- Finalmente, la circunstancia sobrevenida e imprevisible debe ocurrir sin culpa del que debía cumplir ante una circunstancia de fuerza mayor que le impida cumplir.

4.- APLICACIÓN EN LOS CONTRATOS DE AGENCIA

Lo primero que habrá que tener en cuenta será el objeto del contrato, porque no es lo mismo cuando hay una finalidad concreta y determinada, a semejanza de un contrato de Obra, que termina en el momento de su ejecución, que cuando se prestan servicios continuados en el tiempo, como los contratos de publicidad, que en muchas ocasiones se presentan bajo formas de igualas o fees.

En cuanto a los de duración determinada, entendiendo estos cuando se realiza la entrega del bien objeto del contrato, como por ejemplo, contratos de desarrollo de software, de diseño de páginas web, etc, probablemente la alegación de causa de fuerza mayor por parte del cliente para resolver el contrato podría rebatirse porque esta actividad no está impedida por el estado de alarma, y sus desarrolladores, en principio podrían seguir teletrabajando sin impedimento. Otra cosa que es que el cliente, se encuentre entre el tipo de actividades que el decreto 463/2020 del estado de alarma obliga a cerrar, y alegue la cláusula “Rebus sic Stantibus” para intentar modificar las condiciones del contrato, pero no le será fácil aplicarla porque en definitiva el incumplimiento por parte del cliente (no pagar a la agencia) no es derivado del cierre de su negocio, si no de las implicaciones económicas derivadas del mismo. Para entenderlo mejor, el cliente si tiene arrendado un local de negocio, y ha sido obligado a cerrar por el decreto 463/2020, podría intentar con más éxito aplicar la cláusula “Rebus sic Stantibus” con su arrendador, como es negociar las condiciones, porque ha sido impedido realizar su actividad en el propio local de negocio.

RIESTRA ABOGADOS
Marketing Legal
Paseo de la Castellana, 135 - 7ª pta.
28046 Madrid
t- (34) 91 790.68.94
f- (34) 91 790.68.69

Por lo tanto, en muchos casos, creemos que si el cliente alega la resolución contractual, la Agencia podría proponer como alternativa la suspensión del contrato temporalmente hasta que se el estado de alarma remita. También es cierto, que si por ejemplo, nos han encargado el desarrollo de una App para la semana santa en Sevilla, y seguimos en estado de alarma, el cliente puede intentar resolver el contrato por causas de fuerza mayor, pero eso no impide que la agencia pueda facturar hasta el momento de la comunicación de dicha resolución. De todas formas habrá que analizar caso por caso.

En cuanto a los contratos que operan, bajo formato de igualas o *fees*, como en el caso de contratos de Obra, habrá que ver si la actividad del cliente se encuentra entre el tipo de actividades que el decreto 463/2020 del estado de alarma obliga a cerrar, y por lo tanto nos podríamos encontrar con el caso de que alegue la cláusula "Rebus sic Stantibus" para intentar modificar las condiciones del contrato. De todas formas una vez pasado el estado de alarma la situación del contrato debería retornar a su situación inicial.

¿Y si no hay ningún contrato firmado?

En este caso habrá que demostrar la relación contractual, bien sea a través de correos electrónicos o aprobaciones de presupuestos u órdenes de compra.

Recomendamos, por lo tanto ir analizando cliente por cliente, y ser conscientes que no es lo mismo no cumplir con las obligaciones contractuales por causas de fuerza mayor, que por reajustes financieros derivados de sus consecuencias económicas.

La conclusión que podemos sacar de la jurisprudencia es que la aplicación de la cláusula "*Rebus sic Stantibus*" no significa no cumplir con el principio "*Pacta sunt servanda*" y el principio de Buena fe, que seguirán rigiendo la relación contractual entre las partes. Es decir, únicamente será objeto de revisión o modificación un contrato que de forma sobrevenida y por circunstancias excepcionales e inevitables han venido a modificar o cambiar sustancialmente las pretensiones de las partes dentro de la relación contractual, suspendiendo o concediendo una moratoria con el fin de que la parte que debía cumplir y que debido a las circunstancias excepcionales no pueda, cumpla finalmente con sus obligaciones contractuales.

COPYRIGHT 2020 RIESTRA ABOGADOS MARKETING LEGAL.

RIESTRA ABOGADOS
Marketing Legal
Paseo de la Castellana, 135 - 7ª pta.
28046 Madrid

t- (34) 91 790.68.94
f- (34) 91 790.68.69