

LA INCIDENCIA DE LA COVID-19 SOBRE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES: UN ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL¹

Carmen Vaquero López

Sumario: I. Introducción. II. Justificación y alcance de un *Derecho privado especial* para el estado de alarma en materia de contratos. III. Ley aplicable al incumplimiento contractual. IV. La imperatividad de las medidas de emergencia adoptadas en materia de contratos: 1. Normas simple o internacionalmente imperativas. 2. Un supuesto especial: las medidas de protección de los consumidores. V. Una reflexión final.

Resumen

La protección de la salud pública en tiempos de pandemia ha justificado la adopción de medidas legislativas que han limitado nuestra libertad personal y su principal manifestación en el ámbito contractual, el principio de autonomía de la voluntad. En su urgencia, el legislador español no ha considerado el requisito de proporcionalidad que deben cumplir las normas de intervención del Estado en las relaciones particulares e incluso ha desatendido el mandato de primacía del Derecho europeo, comprometiendo el alcance internacional de las normas especiales en materia de contratos adoptadas durante el estado de alarma.

Palabras clave: crisis sanitaria, incumplimiento contractual, *lex contractus*, normas imperativas, proporcionalidad.

Abstract

The protection of public health in times of pandemic has justified the adoption of legislative measures that have limited our personal freedom and its main manifestation in the contractual field, the party autonomy. In this situation of emergency, the spanish legislator has not considered the requirement of proportionality that the rules of state intervention in private relationships must meet and has even disregarded the mandate of primacy of European law, jeopardizing the international scope of the special rules on contracts adopted during the state of alarm.

I. Introducción

La situación de emergencia sanitaria provocada como consecuencia de la COVID-19 ha condicionado nuestra forma de vida y el modo en el que nos relacionamos, limitando la vida pública y la libertad de movimientos. Esta situación afecta de manera particular al tráfico transfronterizo y a los contratos

¹ Este trabajo se ha realizado al amparo del Proyecto VA015G18, "Distribución y competencia: retos y problemas en el marco de una economía global y digitalizada" y es una versión ligeramente modificada del artículo publicado en la *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 26, 2020. Agradezco especialmente la ayuda de los profesores ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., que han revisado el trabajo, mejorándolo.

internacionales, cuyo cumplimiento puede verse afectado por las disposiciones adoptadas por el legislador español durante el estado de alarma, en la medida en que estas disposiciones pueden frustrar las expectativas de las partes, impidiendo al deudor de una obligación su cumplimiento de forma perentoria.

En todos los países de nuestro entorno, se han promulgado medidas de urgencia para hacer frente a la crisis económica derivada de la declaración de pandemia por parte de la OMS. Estas medidas se proyectan sobre el régimen de los contratos, creando un *Derecho privado especial* para el estado actual, que excepciona el juego de las normas generales². La cuestión que se plantea es sí y hasta qué punto es necesario promulgar soluciones especiales cuando en nuestro sistema jurídico encontramos una teoría del contrato completa, con plena virtualidad en el tráfico jurídico internacional y con potencial suficiente para hacerla valer en tiempos de crisis.

En estas páginas analizaremos esta forma de intervención del legislador estatal para minimizar el impacto negativo de la pandemia sobre los contratos y explicaremos la fórmula jurídica que permite extender el ámbito de aplicación espacial (territorial) de las medidas adoptadas al efecto.

II. Justificación y alcance de un *Derecho privado especial* para el estado de alarma en materia de contratos

Desde la declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo³, el legislador español ha ido promulgando una gran variedad de disposiciones destinadas a paliar los efectos económicos de la pandemia, muchas de las cuales afectan directamente a las obligaciones asumidas por las partes de un contrato.

En particular, en materia de contratos, las principales normas se contienen en el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19⁴, modificado por el Real-Decreto-ley 21/2020, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19⁵; el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19⁶; y el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes

² En este enlace puede encontrarse un tabla comparativa de las medidas adoptadas por los Estados miembros UE para luchar contra los efectos de la COVID-19: https://e-justice.europa.eu/content_impact_of_the_covid19_virus_on_the_justice_field-37147-en.do.

³ BOE núm. 67 de 14 de marzo de 2020.

⁴ BOE núm. 73 de 18 de marzo de 2020.

⁵ BOE núm. 163, de 10 de junio de 2020.

⁶ BOE núm. 91 de 1 de abril de 2020.

complementarias para apoyar la economía y el empleo⁷. A estas medidas hemos de añadir, por su aplicación directa en nuestro país, el Reglamento de ejecución (UE) 2020/402, de 14 de marzo de 2020, por el que se supedita la exportación de determinados productos a la presentación de una licencia de exportación⁸.

Estos instrumentos establecen restricciones a la movilidad, la actividad comercial y la exportación de productos o inversiones extranjeras; aprueban moratorias en el cumplimiento de las obligaciones contractuales; contemplan la suspensión de la eficacia de cláusulas contractuales; e introducen alteraciones de los plazos procesales, de prescripción y de caducidad, excepcionando o limitando el principio *pacta sunt servanda*, que informa las obligaciones de las partes de un contrato, consecuencia lógica del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) y principal salvaguarda de la seguridad jurídica.

Más allá del alcance concreto de todas estas medidas sobre los contratos, en sí misma la declaración del estado de alarma por el legislador español puede comportar la imposibilidad (material y/o económica) de que una parte del contrato, el deudor, cumpla con su obligación. Efectivamente, dicha declaración conlleva una alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias previstas en el momento de contratar, que puede originar una desproporción entre las prestaciones de las partes del contrato que, a su vez, rompa el equilibrio entre las mismas, haciendo imposible, absurdo o excesivamente oneroso el cumplimiento de aquéllas.

Nuestro ordenamiento jurídico dispone de mecanismos que, en estos supuestos excepcionales, habilitan al deudor para desviarse del programa contractual acordado y suspender temporalmente el cumplimiento de sus obligaciones, modificar su relación contractual o terminarla mediante la resolución del contrato⁹.

En efecto, se ha defendido que la situación de crisis generada como consecuencia de la pandemia puede calificarse como un supuesto de fuerza mayor, admitiendo que la imposibilidad económica permite exonerar al deudor de la responsabilidad por incumplimiento¹⁰, al amparo de lo dispuesto en el artículo

⁷ BOE núm. 112 de 22 de abril de 2020.

⁸ DOUE L 771 de 15 de marzo de 2020.

⁹ En este sentido *vid.* TORRE OLID, F. DE LA: “Eficacia del contrato en la crisis del coronavirus. El control causal y la cláusula *rebus sic stantibus*”, *La Ley*, núm. 9616, abril 2020. Ampliamente, para una visión de Derecho comparado de estas distintas formas de excepción al principio *pacta sunt servanda* y de sus efectos sobre la responsabilidad contractual del deudor por incumplimiento, *vid.* SÁNCHEZ LORENZO, S.: “La frustración del contrato”, SÁNCHEZ LORENZO, S. (Ed.): *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, T. II, 3ª Ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 703-763.

¹⁰ A pesar de que el TS se ha pronunciado en contra de admitir la imposibilidad económica como causa de exoneración del deudor; *vid.* STS de 15 de mayo de 2015, Rec. Según la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 266/2015 de 19 mayo, RJ 2015\3118.

1105 CC, y liberarlo de cumplir sus obligaciones o suspender el cumplimiento de las mismas (arts. 1182 y 1184 CC)¹¹.

También se ha sostenido que esta crisis, sobrevenida e imprevisible¹², puede suponer la aplicación de la doctrina jurisprudencial *rebus sic stantibus*, conforme a la cual es posible proceder a la modificación o a la resolución del contrato si se acredita que se ha generado una excesiva onerosidad para el deudor y no existe otro remedio que permita subsanar el desequilibrio generado entre las partes del contrato¹³. No es causal que, en su Exposición de Motivos, el RD-Ley 15/2020 aluda expresamente a esta doctrina jurisprudencial indicando que “procede prever una regulación específica en línea con la cláusula *rebus sic stantibus*, de elaboración jurisprudencial, que permite la modulación o modificación de las obligaciones contractuales si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual”.

Del mismo modo, para paliar los efectos de esta crisis sanitaria sobre los contratos podría recurrirse a la institución de la *exceptio non adimpleti contractus*, un remedio defensivo que se concede al deudor de una obligación recíproca para que pueda negarse, legítimamente, a la ejecución de la prestación por él debida, en tanto la otra parte no cumpla o no se allane a cumplir la contraprestación a la que está obligada (art. 1466 CC). Así mismo, de acuerdo con lo establecido en el párrafo 3º del artículo 1124 CC, nuestros tribunales podrían señalar al deudor un plazo suplementario para el cumplimiento cuando, como en el momento que vivimos, existan causas justificadas para este retraso, otorgando al deudor una segunda oportunidad para que subsane el incumplimiento de su obligación.

En este mismo sentido, desde el *European Law Institute* (ELI) se ha animado a los Estados a velar por que su legislación interna en materia de imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones por fuerza mayor o excesiva onerosidad se aplique en aquellos casos en los que el cumplimiento de un contrato se haya impedido de manera temporal o definitiva como consecuencia de la COVID-19 o de las decisiones adoptadas por los Estados en relación con la pandemia. Este organismo defiende una evaluación de la asignación contractual del riesgo a la luz de los contratos existentes, los regímenes jurídicos de base y el principio de buena fe; una solución que debe compatibilizarse con la promulgación de disposiciones especiales, que permitan mitigar los efectos económicos de esta pandemia¹⁴.

¹¹ Vid. ÁLVAREZ, S.: “Pandemia, fuerza mayor y cláusula *rebus sic stantibus* a la luz de la jurisprudencia”, *La Ley*, núm. 9619, de 23 de abril de 2020.

¹² Vid. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “Pandemia, fuerza mayor y cláusula *rebus sic stantibus* a la luz de la jurisprudencia”, *La Ley*, núm. 9619, abril 2020.

¹³ Vid. PIÑEIRO, J., RADOVANOVIC, B. y CUYAS, E.: “Consideraciones en torno a los efectos en los contratos entre empresarios como consecuencia de la pandemia del Coronavirus”, *La Ley*, núm. 9605, abril 2020.

¹⁴ “ELI Principles for the COVID-19 crisis”; https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_for_the_COVID-19_Crisis.pdf

Ésta ha sido, precisamente, la línea de actuación seguida por el legislador español, que ha creado “un Derecho nuevo” para hacer frente a las consecuencias de la crisis sanitaria sobre el cumplimiento de los contratos. En general, no se duda de que estas nuevas normas estén sobradamente justificadas por razones de orden público o salud pública, ni se ponen en causa los beneficios de su inmediatez para afrontar un acontecimiento absolutamente extraordinario¹⁵. Tampoco se cuestiona la necesidad de suspender los plazos procesales o administrativos, cuando los tribunales y la administración sólo están funcionando para atender las situaciones urgentes.

Sin embargo, para una parte importante de nuestra doctrina, resulta “bastante más difícil justificar la necesidad de suspender o excepcionar el juego de las normas sustantivas, *i.e.* aquellas que nos obligan frente a otros particulares y cuya consecuencia jurídica es propiamente de Derecho sustantivo, típicamente, responsabilidad personal”¹⁶. Es aún más difícil su justificación cuando las medidas adoptadas, por las que el legislador modifica de forma sobrevenida los derechos contractuales de las partes, imponen a una de ellas un esfuerzo para paliar las consecuencias económicas y sociales que la crisis sanitaria ha generado en la otra parte, que va más allá de lo necesario y que atenta contra el principio de seguridad jurídica, socavando la confianza de los ciudadanos en el contrato como instrumento jurídico de intercambio económico y, en último término, dañando al mercado, en detrimento de aquellos a quienes se dice proteger.

Por lo tanto, si el Derecho privado ya tiene mecanismos que permiten la adaptación del contrato a circunstancias excepcionales, demorar el cumplimiento de sus obligaciones o subsanar su incumplimiento, la cuestión que se plantea es si y por qué motivos es necesario ir más allá y excepcionar *ope legis* el cumplimiento de deberes y obligaciones materiales, contractuales o legales. Además, no podemos olvidar que todas las normas adoptadas durante el estado de alarma afectan a las relaciones particulares entre las partes de un contrato, titulares de derechos, en muchos casos fundamentales, que el Estado tiene que proteger y asegurar, también durante la vigencia de este régimen excepcional¹⁷, “sin que sea legítimo prescindir, sin mayor argumentación (...), de los que legítimamente corresponden a uno de esos sujetos particulares”¹⁸.

En definitiva, en un Estado constitucional como el nuestro, es necesario que este *Derecho privado especial* para el estado de alarma esté basado en criterios de

¹⁵ En este sentido *vid.* GARCÍA RUBIO, M. P.: “Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España”, *RDC*, vol. VII, núm. 2, 2020, p. 16.

¹⁶ *Vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: “¿Un Derecho privado especial para el estado de alarma? El ejemplo del concurso”, <https://almacenderecho.org/un-derecho-privado-especial-para-el-estado-de-alarma-el-ejemplo-del-concurso/>

¹⁷ *Vid.* ARAGÓN REYES, M.: “COVID-19: aproximación constitucional a una crisis”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 32, 2020.

¹⁸ *Vid.* GARCÍA RUBIO, M. P.: “Medidas regladas ...”, *loc. cit.*, p. 18.

eficiencia *ex ante*, considerando aquello que las partes típicamente hubiesen pactado, o en criterios de equidad o de justicia social¹⁹. Dicho en otros términos, únicamente podríamos justificar la adopción de estas medidas de urgencia, que afectan a las relaciones ya establecidas entre las partes de un contrato y excepcionan el principio *pacta sunt servanda*, si existe una razón superior de interés general y si la medida es proporcional con el fin perseguido. Esta fundamentación jurídica de las nuevas normas en materia de contratos justifica, a su vez, la extensión de su ámbito de aplicación espacial, de manera que puedan ser aplicables por nuestros tribunales en todos los casos, con independencia de cual sea la *lex contractus*.

El problema que abordaremos en las siguientes páginas es, precisamente, el del alcance de las normas dictadas por el legislador español como consecuencia de la COVID-19 sobre el cumplimiento de los contratos afectados por un elemento de internacionalidad.

III. Ley aplicable al incumplimiento contractual

Las medidas de emergencia adoptadas por el legislador español en materia de contratos no afectan a las normas de conflicto de leyes por las que se determina el régimen jurídico de los contratos internacionales. Por lo tanto, la determinación de la ley aplicable a los contratos celebrados y vigentes durante el estado de alarma deberá hacerse conforme a las soluciones que se contienen en el Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, Roma I (RRI)²⁰.

De este modo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 RRI, el contrato se someterá a la ley libremente elegida por partes, de forma expresa o tácita, antes o después de la celebración del contrato, para una parte o para su totalidad, sin que sea necesario que la ley elegida tenga una vinculación con el contrato o con sus elementos objetivos. Subsidiariamente, el contrato estará sujeto a las conexiones del artículo 4 RRI, construido sobre la regla de los vínculos más estrechos, que responde a exigencias de eficiencia económica, seguridad del tráfico y previsibilidad de las partes. Ambos preceptos se aplicarán a los contratos internacionales con carácter general, sin perjuicio de las disposiciones específicas previstas en materia de contrato de transporte (art. 5 RRI), de consumo (art. 6 RRI), de seguro (art. 7 RRI) y de trabajo (art. 8 RRI). En todo caso, el contrato estará sujeto a las normas internacionalmente imperativas (leyes de policía) del artículo 9 RRI, que se imponen, de manera expresa o implícita, cualquiera que sea el mandato de la norma de conflicto por la que se determina la *lex contractus*,

¹⁹ Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *loc. cit.*

²⁰ DOUE L 177 de 4 de julio de 2008.

limitando la autonomía conflictual de las partes o imponiéndose frente a la ley que regula el contrato en defecto de elección.

La *lex contractus* rige la formación, existencia y validez del contrato (art. 10 RRI) y proporciona su marco imperativo, que determina el alcance de la autonomía material, esto es, la libertad de las partes para establecer los pactos, condiciones o cláusulas que consideren oportunas en su contrato (art. 1255 CC). También de conformidad con la *lex contractus* deben determinarse los criterios de interpretación y el régimen supletorio del contrato en todo lo no previsto por las partes; esta ley es igualmente la aplicable al cumplimiento de las obligaciones que genere el contrato y a las consecuencias de su incumplimiento total o parcial, así como a los diversos modos de extinción de las obligaciones, a la prescripción y a la caducidad basadas en la expiración de un plazo (art. 12 RRI).

Por consiguiente, el alcance de instituciones como la fuerza mayor o la excesiva onerosidad, así como de cualquier cláusula del contrato referida a su incumplimiento, deberá determinarse de acuerdo con lo pactado por las partes, incluso mediante la remisión a reglas extraestatales (*ad ex.* arts. 7.1.1. y ss. Principios UNIDROIT), pero siempre a la luz de la ley reguladora del contrato, que fijará la configuración de esas instituciones y el alcance de dichas cláusulas, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas convencionales sobre incumplimiento contractual eventualmente aplicables al contrato (*ad ex.* art. 79 del Convenio de Viena de 1980 sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías)²¹.

Es cierto que la circunstancia que imposibilita el cumplimiento de una parte del contrato o el elemento que altera sustancialmente el equilibrio contractual y que justifica la aplicación de las cláusulas de fuerza mayor, excesiva onerosidad o retraso en el cumplimiento, puede ser precisamente la norma dictada para paliar los efectos de la COVID-19. Esto es lo que sucede cuando una norma prohíbe la exportación de productos o la prestación del servicio objeto del contrato, pues dicha norma constituye la causa misma de la imposibilidad legal de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. Así, por ejemplo, la prohibición de realizar determinadas exportaciones sin la correspondiente autorización administrativa del artículo 1.2 del Reglamento UE 2020/402 constituye un supuesto típico de imposibilidad legal de cumplimiento del artículo 1184 CC, pues aunque el deudor tiene la posibilidad física de cumplir su obligación, su cumplimiento implicaría una conducta ilícita, contraria a una prohibición legal²².

Al margen de esta consideración, las normas dictadas con carácter de urgencia por el legislador español en materia contractual pueden afectar a las relaciones entre las partes de un contrato en tanto que normas internacionalmente imperativas en el sentido del artículo 9 RRI. En algunos ordenamientos, como el

²¹ Vid. MIGUEL ASENSIO, P. A. DE: “Medidas de emergencia y contratos internacionales”, *La Ley Unión Europea*, núm. 81, mayo, 2020.

²² Vid. SÁNCHEZ LORENZO, S.: “La frustración del contrato”, *op. cit.*, p. 708.

italiano o el griego, el legislador ha calificado expresamente a estas disposiciones como “leyes de policía”²³. Sin embargo, en nuestro país no se ha precisado de forma expresa si las medidas adoptadas para paliar los efectos de la pandemia son o no imperativas en las relaciones internacionales, ni tampoco cuál es su ámbito espacial de necesaria aplicación, lo que exige una valoración por el juez de cada disposición y de los objetivos por ella perseguidos²⁴.

En los siguientes apartados precisaremos cuál es la función de estas medidas de urgencia con el fin de determinar su concreta calificación y delimitar su ámbito de aplicación espacial.

IV. La imperatividad de las medidas de emergencia adoptadas en materia de contratos

En el sistema establecido por el RRI, las normas imperativas que inciden sobre el contrato pueden ser de dos tipos. Por un lado, el contrato puede verse afectado por normas “simplemente” imperativas, por referencia a un sistema de Derecho interno, con el que el contrato presenta todos sus vínculos objetivos (art. 3.3 RRI), donde reside el consumidor (art. 6 RRI) o donde el trabajador realiza su prestación laboral (art. 8 RRI). Por otro lado, las relaciones entre las partes de un contrato pueden estar afectadas por normas “internacionalmente” imperativas (leyes de policía), a las que se refiere el artículo 9 RRI, aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato.

La finalidad de uno y otro tipo de normas es diferente y condiciona su ámbito de aplicación espacial. Mientras que las normas simplemente imperativas tutelan intereses privados (normas de protección) y únicamente limitan la autonomía materia de los contratantes (indisponibles), las normas internacionalmente imperativas salvaguardan un interés público de tal envergadura que justifica su aplicación en todo caso, al margen de lo dispuesto en la *lex contractus* (normas de dirección u ordopolíticas)²⁵.

²³ Es el caso de los artículos 28 del Decreto-ley nº 9/2020 y 88 del Decreto-ley nº 18/2020, referidos al reembolso del precio de ciertos contratos de transporte de viaje combinado y alojamiento, adoptados por el legislador italiano para luchar contra la situación de emergencia derivada de la COVID-19. También el legislador griego ha calificado expresamente como leyes de policía las disposiciones sobre cancelación de contratos de transporte de pasajeros, viajes combinados y otros contratos turísticos, que contemplan el ofrecimiento de bonos por los transportistas y otros empresarios en lugar del reembolso del precio. Muy crítico con esta técnica, *vid.* PIOVESANI, E.: “Italian Self-Proclaimed Overriding Mandatory Provisions to Fight Coronavirus”, <https://conflict.laws.net/2020/italian-self-proclaimed-overriding-mandatory-provisions-to-fight-coronavirus/?print=pdf>

²⁴Sobre la necesidad de esta delimitación, caso por caso, *vid.* VAQUERO LÓPEZ, C.: “Autonomía de la voluntad y normas imperativas”, SÁNCHEZ LORENZO, S. (Ed.): *Derecho contractual comparado...*, T. II, *op. cit.*, p. 107.

²⁵*Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, 10ª Ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2018, p. 631.

No obstante, esta distinta función y alcance, nada impide que las normas imperativas que tutelan intereses privados puedan ser calificadas como leyes de policía en el sentido del artículo 9 RRI. En efecto, el hecho de que una disposición incluya entre sus objetivos la tutela de una parte del contrato necesitada de especial protección, no debe impedir su calificación como ley de policía si su carácter internacionalmente imperativo es necesario para salvaguardar intereses públicos, relativos a la organización social o económica del Estado²⁶. Así sucede en las normas adoptadas durante el estado de alarma por el legislador español en materia de contratos de consumidores; cuestión distinta es la de la compatibilidad de este tipo de disposiciones con el Derecho material europeo y las Directivas de armonización promulgadas en esta materia.

1. Normas simple o internacionalmente imperativas

La calificación de las medidas de emergencia adoptadas por el legislador español en materia contractual como leyes de policía en el sentido del artículo 9.1 RRI está condicionada por cuál sea el interés que se pretende tutelar con esta intervención del Estado en las relaciones privadas. A estos efectos debemos tener en cuenta que todas estas medidas se han adoptado en el contexto de una crisis sanitaria de excepcional gravedad, que pone en riesgo la actividad económica y el bienestar de la sociedad en su conjunto, en una etapa en la que ha sido preciso recurrir a mecanismos constitucionales excepcionales²⁷. Por lo tanto, la finalidad última de estas medidas es la de proteger tanto la salud pública como las políticas económicas y el mercado de nuestro país, lo que justifica su aplicación cualquiera que sea la *lex contractus*.

Siendo así, el juez español que conozca de un eventual litigio entre las partes de un contrato afectado por un elemento de internacionalidad, estará obligado a la aplicación de las disposiciones adoptadas en materia de contratos durante el estado de alarma en tanto que normas imperativas del foro, por mandato de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 9 RRI. Por su parte, los tribunales de los Estados miembros UE eventualmente competentes podrán dar efecto, sobre la base del apartado 3 del mismo precepto, a las medidas de emergencia españolas cuando nuestro país sea el lugar de ejecución del contrato, siempre que dichas medidas hagan su ejecución ilegal. De este modo, la ineficacia de ciertos contratos prohibidos o sometidos a autorización, o la inexigibilidad de la prestación de una parte por excesiva onerosidad dependerán de la norma imperativa española, sin perjuicio de que la *lex contractus* determine el régimen de nulidad del contrato o la responsabilidad del deudor por incumplimiento *ex* artículo 12 RRI²⁸.

²⁶ Vid. MIGUEL ASENSIO, P. A. DE: “Medidas de emergencia...”, *loc. cit.* En contra, *vid.* CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, 18ª Ed., Granada, Comares, 2018.

²⁷ STJUE de 17 de octubre de 2013, asunto C-184/12, *Unamar*.

²⁸ Vid. MIGUEL ASENSIO, P. A. DE: “Medidas de emergencia...”, *loc. cit.*

Además debe tenerse en cuenta que, según la jurisprudencia sentada por el TJUE en su decisión de 18 de octubre de 2016 (asunto C-135/15, *Nikiforidis*), el artículo 9.3 RRI no se opondría a la toma en consideración, como circunstancia de hecho, de las leyes de policía españolas en la medida en que una norma material del Derecho aplicable al contrato lo prevea²⁹. Sobre esta base, podrá defenderse la exoneración de responsabilidad por incumplimiento del deudor debido a la declaración de fuerza mayor hecha en nuestro país, aunque el contrato no deba ejecutarse en España, siempre que la *lex contractus* o una cláusula contractual contemple este remedio frente al incumplimiento. Del mismo modo, la ley de policía española puede ser considerada como manifestación de un valor digno de protección y relevante en el funcionamiento de las normas materiales del contrato, *ad ex.* para determinar que el comportamiento que infringe la disposición española es contrario a la moral, lo que puede implicar la ilicitud de la causa del contrato.

En todo caso, estas disposiciones imperativas deben ser compatibles con el Derecho privado europeo, lo que obliga a un triple control de legitimidad, necesidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas con los principios liberalizadores que informan el funcionamiento del Mercado Interior³⁰.

En los supuestos que estamos analizando, la necesidad de estas medidas de injerencia en las relaciones de las partes del contrato puede explicarse por la insuficiencia de las instituciones de Derecho civil para reequilibrar las relaciones contractuales desestabilizadas como consecuencia de la COVID-19³¹: es cierto que para preservar el marco de negociación de las partes, nuestro sistema de Derecho civil ofrece una teoría del contrato completa, pero es discutible que tenga un potencial suficiente para hacerla valer en tiempos de crisis. Son necesarias medidas inmediatas, que permitan adaptar el contrato a la situación de emergencia, sin esperar a que los tribunales de justicia intervengan en las relaciones entre las partes. Una necesidad que se hace más evidente si, como sucede en el ordenamiento jurídico español, la exoneración de responsabilidad del deudor como consecuencia de un desequilibrio económico del contrato que trae causa de la COVID-19 depende de la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*, esencialmente restrictiva³².

²⁹ Sobre esta decisión, si bien desde la perspectiva del artículo 8 RRI, *vid.* VAQUERO LÓPEZ, C.: "Mecanismos de Derecho internacional privado europeo para la protección de los trabajadores en supuestos de deslocalización de empresas", *AEDIPr.*, t. XVII, 2017, pp. 425-471.

³⁰ *Vid.* GARDENES SANTIAGO, M.: "Normas materiales imperativas o leyes de policía en materia de trabajo: sus problemas de aplicación en el espacio intracomunitario de relaciones laborales", *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 384-393.

³¹ *Vid.* RODRÍGUEZ-ROSADO, B. y RUIZ ARRANZ, A. I.: "Consecuencias de la epidemia: reequilibrio contractual y Covid-19", <https://almacendederecho.org/consecuencias-de-la-epidemia-reequilibrio-contractual-y-covid-19/>

³² STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 333/2014, de 30 de junio, RJ 2014\3526; STS (Sala de lo Civil) 591/2014 de 15 de octubre, RJ 2014\6129; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 64/2015 de 24 de febrero,

También parece necesario alterar los plazos procesales en un momento en el que la actividad de nuestros tribunales se ha limitado a las situaciones de urgencia. Por lo tanto, nada se opone a la aplicación de la DA 2ª del RD 463/2020, en tanto que norma imperativa de *lex fori* y por mandato de lo dispuesto en el artículo 3 LEC, a todos los procesos civiles que se sustancien ante los tribunales españoles, con independencia de cuál sea la ley aplicable al contrato. Del mismo modo, resulta necesario suspender los plazos de prescripción y caducidad en un momento de emergencia social y económica como el vivido durante el estado de alarma, lo que justifica la extensión del ámbito de aplicación espacial de la disposición contenida en la DA 4ª del mismo RD, aun cuando otras normas sobre prescripción no hayan sido así calificadas por el TJUE ³³.

En ambos casos se trata de disposiciones imperativas de intervención que no van más allá de lo necesario para salvaguardar el interés, económico y sanitario, tutelado. Sin embargo, no en todos los casos puede afirmarse que la medida de intervención adoptada por nuestro legislador sea proporcionada. Desde este punto de vista se ha cuestionado la compatibilidad con el Derecho privado europeo de las medidas que imponen restricciones a las transacciones internacionales, adoptadas para garantizar un abastecimiento de material sanitario que permita la protección de la salud del personal médico y evite la propagación de la enfermedad asociada al COVID-19. Para muchos, los objetivos que persiguen estas disposiciones pueden alcanzarse respetando las reglas de funcionamiento del mercado y la libre competencia³⁴, por lo que esta restricción del tráfico comercial internacional va más allá de lo necesario y atenta directamente contra los principios de libertad de circulación económica que informan el Mercado interior europeo.

Sin embargo, el mayor debate se plantea en relación con las disposiciones adoptadas por el legislador español en materia de contratos celebrados con consumidores, particularmente afectados por normas de Derecho derivado europeo dirigidas a tutelar a quienes ocupan una posición de especial debilidad, jurídica y económica, en el contrato.

2. Un supuesto especial: las medidas de protección de los consumidores

En el sistema de Derecho internacional privado europeo, la protección del consumidor, en tanto que parte jurídica y económicamente más débil de la relación contractual, se lleva a cabo tanto a través de la norma de conflicto de leyes uniforme por la que se determina la *lex contractus*, como mediante

RJ 2015\1409; ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 14 de noviembre de 2018, RJ 2018\5322; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 19/2019 de 15 de enero, RJ 2019\146, y STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 156/2020 de 6 de marzo, RJ 2020\879.

³³ STJUE de 31 de enero de 2019, asunto C-149/18, *Da Silva Martins*.

³⁴ Las restricciones a la exportación han sido abiertamente criticadas por la OCDE; *vid.* https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=128_128542-3ijg8kfswh&title=COVID-19-and-international-trade-issues-and-actions.

normas materiales específicas para diferentes tipos de contratos celebrados con consumidores.

Por un lado, el artículo 6 RRI contiene un régimen especial para aquellos contratos celebrados por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (“el consumidor”) con otra persona (“el profesional”) que actúe en el ejercicio de su actividad comercial o profesional, siempre que éste ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tiene su residencia habitual o, por cualquier medio, dirija sus actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato esté comprendido en el ámbito de dichas actividades. En estos casos, el apartado 2º de dicho precepto reconoce una autonomía conflictual limitada, permitiendo a las partes elegir la ley aplicable al contrato siempre que dicha elección no suponga una reducción de la protección otorgada al consumidor por las disposiciones (simplemente) imperativas de la ley de su residencia habitual; esta ley será, además, la aplicable en defecto de elección, sin que en ningún caso se permita al juez descartar la aplicación de la ley de este Estado porque el contrato presente vínculos más estrechos con otro país.

Por otro lado, el legislador europeo ha promulgado una serie de Directivas de armonización para tutelar al consumidor, activo o pasivo, sea cual sea el tipo de contrato de consumo, en supuestos estrechamente vinculados con el territorio de un Estado miembro de la UE, que revisten la forma de normas materiales (internacionalmente) imperativas aplicables con independencia de cuál sea la *lex contractus*³⁵.

Es en este doble marco en el que debemos abordar el alcance de las medidas adoptadas por el legislador español durante el estado de alarma para intervenir en los contratos celebrados con consumidores.

Bajo la rúbrica “medidas de protección del consumidor”, la Sección 3ª del Capítulo I del RD-Ley 11/2020 contiene una serie de disposiciones aplicables a los contratos celebrados con consumidores que, sin embargo, no tienen la función tuitiva que anuncia dicha rúbrica. En realidad, la finalidad última de estas medidas

³⁵ Vid. *ad ex.* artículo 6.2 de la Directiva 93/13/CEE de 5 abril 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE L 95 de 21 de abril de 1993); artículo 12 de la Directiva 97/7/CE de 20 mayo 1997, relativa a la protección de consumidores en materia de contratos a distancia (DOCE L 144 de 4 de junio de 1999), modificado por artículo 25 de la Directiva 2011/83/UE de 25 octubre 2011 sobre los derechos de consumidores (DOUE L 304 de 22 de noviembre de 2011); artículo 7.2 de la Directiva 99/44/CE de 25 mayo 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de bienes de consumo (DOCE L 171 de 7 de julio de 1999); artículo 2.2 Directiva 98/27/CE de 19 mayo 1998 relativo a las acciones de cesación en materia de protección de los derechos de consumidores (DOCE L 166 de 11 de junio de 1998); artículo 12.2 Directiva 2002/65/CE de 23 septiembre 2002 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (DOUE L 271 de 9 de octubre de 2002); o artículo 24.2 Directiva 2008/48/CE de 23 abril 2008 relativo a los contratos de crédito al consumo (DOUE L 133 de 22 de mayo de 2008).

no es la de proteger al consumidor, sino al profesional con el que contrata³⁶, de manera que pueden verse privadas de toda virtualidad jurídica si la ley elegida por las partes otorga una mayor protección al consumidor.

Efectivamente, en principio, estas disposiciones tendrían la consideración de normas imperativas de Derecho interno, aplicables como límite a la autonomía conflictual *ex* artículo 6.1 RRI. En consecuencia, solamente serán de aplicación si ofrecen una protección al consumidor igual o superior a la que brinda la ley elegida por las partes. Sin embargo, las nuevas “medidas de protección del consumidor” no están pensadas para proteger a esta parte, típicamente más débil, del contrato, sino más bien para paliar los efectos económicos de la crisis sanitaria sobre los empresarios con los que éste contrata.

Esta es claramente la finalidad del artículo 36.1 del RD-Ley de referencia. El precepto regula un derecho de resolución de los contratos suscritos por los consumidores y usuarios (de compraventa de bienes o de prestación de servicios, incluidos los de tracto sucesivo) cuando, como consecuencia de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma, dichos contratos resultasen de imposible cumplimiento. Esta disposición otorga al consumidor un plazo de 14 días para resolver el contrato y subordina este remedio frente al incumplimiento del deudor al fracaso de una propuesta de revisión, que puede retrasar dicha resolución durante un periodo de 60 días y que conlleva la obligación del empresario de devolver las sumas abonadas por el consumidor o usuario salvo ciertos gastos.

Sin embargo, en nuestro sistema de Derecho civil, el consumidor puede ejercitar la facultad de resolver el contrato sin estar sujeto a ningún plazo, de acuerdo con la solución general del artículo 1124 CC, por lo que la nueva disposición no solo no beneficia al consumidor, sino que claramente protege al profesional que no puede cumplir la prestación contractual a la que se había comprometido. Por otra parte, a diferencia de lo que sucede al amparo del artículo 1244 CC, la propuesta de revisión del contrato se configura como una aplicación particular de la doctrina de la *rebus sic stantibus*, opuesta por el profesional ante la reclamación del consumidor, lo que sin duda también favorece al empresario que no cumple. Tampoco es una ventaja para el consumidor la regla del apartado 2 del artículo 36 del RD-Ley 11/2020, que obliga al empresario, una vez producida la resolución del contrato, a devolver las sumas abonadas por el consumidor o usuario “salvo gastos incurridos debidamente desglosados y facilitados al consumidor”. La restitución de las prestaciones recíprocas que se hubieran

³⁶ Insiste en esta idea MARÍN LÓPEZ, M. J.: “Efectos del COVID-19 en los contratos con consumidores: el art. 36 del RD-Ley 11/2020”, *Boletín de Novedades CESCO* 2020, <http://www.icab.cat/files/242-501897-DOCUMENTO/efectos-COVID-contratos-art-36-RD-Ley-11-2020.pdf>

realizado es un efecto consustancial del mecanismo resolutorio, por lo que es más que dudosa la legitimidad de la excepción de ciertos gastos que consagra el precepto³⁷.

En definitiva, el apartado 2 del artículo 36 del RD-Ley 11/2020 contiene una disposición que, lejos de resultar especialmente protectora del consumidor, parece más bien dirigida a dilatar el tiempo en que éste pueda ejercitar su derecho a resolver el contrato, fomentando además su revisión, una medida que sobre todo protege al empresario, incluso frente a consumidores muy necesitados del dinero que pagaron en su día y que tardarán un tiempo en recuperar.

Esta falta de consideración de las necesidades del consumidor resulta todavía más evidente en materia de contratos de viaje combinados. Para estos supuestos, el apartado 4 del mismo artículo 36 permite que, cuando el viaje ya contratado haya sido cancelado con motivo de la COVID-19, el organizador o, en su caso, el minorista entregue al consumidor un bono, por una cantidad igual al reembolso que le hubiera correspondido, para ser utilizado en el plazo de un año desde la finalización del estado de alarma. Transcurrido el periodo de validez de dicho bono sin haber sido utilizado, el consumidor podrá solicitar el reembolso del pago realizado. Este precepto penaliza, retrasándolo, el derecho a resolver el contrato que, de otro modo, tendría el consumidor por imposibilidad de cumplimiento del profesional o porque “concurran circunstancias inevitables y extraordinarias en el lugar de destino o en las intermediaciones que afecten de forma significativa a la ejecución del viaje combinado o al transporte de pasajeros al lugar de destino”, en los términos del artículo 160.2 TRLGDCU, que la nueva norma parece excepcionar. El legislador olvida también que la renuncia a derechos reconocidos por Ley a los consumidores es nula *ex* artículos 10, 86, 87 y 89 TRLGDCU³⁸.

Además, el artículo 36.4 del RD-Ley 11/2020 señala que el organizador o, en su caso, el minorista efectuará esos reembolsos en un plazo no superior a 60 días desde la fecha de resolución del contrato o desde aquella en que los proveedores de servicios hubieran procedido a su devolución. Se trata, por lo tanto, de una norma más perjudicial para el consumidor que el artículo 160.4 TRLGDCU, en cuya virtud se obliga a los reembolsos o devoluciones al viajero sin demora indebida y, en cualquier caso, en un plazo no superior a catorce días naturales después de la terminación del contrato.

En definitiva, el artículo 36.4 del RD-Ley 11/2020 contiene una norma claramente destinada a que el profesional, organizador o minorista gane tiempo y no tenga que devolver de modo inmediato a todos los usuarios de viajes cancelados por la pandemia los pagos que habían recibido. Por lo tanto, nos encontramos también ante un precepto articulado para salvar la situación del organizador o minorista y no la del consumidor, pensando, sobre todo, en la

³⁷ Vid. GARCÍA RUBIO, M. P.: “Medidas regladas ...”, *loc. cit.*, pp. 37-39.

³⁸ Vid. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “Pandemia, fuerza mayor...”, *loc. cit.*, p. 40.

capacidad económica del profesional para hacer frente a los reembolsos de los precios cobrados por el viaje combinado que no se ha podido efectuar³⁹.

Por otra parte, en su urgencia, nuestro legislador no se ha detenido a considerar la incompatibilidad de este precepto con el artículo 12.2 de la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados⁴⁰, olvidando también que en un ámbito armonizado no cabe el expediente de las leyes de policía, al menos entre normativas de Estados miembros UE⁴¹. Sobre esta base podemos sostener que estas medidas son nulas por violación del principio de primacía de la UE, lo que puede dar lugar al planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE, único órgano competente para interpretar la compatibilidad de una norma de Derecho interno con el Derecho UE.

El legislador español ha intentado corregir esta situación con la promulgación del RD-Ley 21/2020⁴², cuya DF 5ª modifica el apartado 4 del artículo 36 del RD-Ley 21/2020 para adaptarlo a la Recomendación (UE) 2020/648, relativa a los bonos ofrecidos a los pasajeros y a los viajeros como alternativa al reembolso de viajes combinados y servicios de transporte cancelados en el contexto de la pandemia de COVID-19⁴³. A tales efectos, se ha modificado este artículo en un doble sentido. En primer lugar, para circunscribir la posibilidad de emisión de los bonos a la aceptación voluntaria con carácter previo por parte del pasajero o viajero; y, en segundo lugar, para establecer el plazo automático de 14 días para solicitar el reembolso completo de cualquier pago realizado, una vez transcurrido el periodo de validez del bono sin haber sido utilizado.

Menos controvertido parece el artículo 21 RD-Ley 8/2020, conforme al cual “durante la vigencia del estado de alarma o sus posibles prórrogas, se interrumpen los plazos para la devolución de los productos comprados por cualquier modalidad, bien presencial bien on-line. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma o, en su caso, las prórrogas del mismo”. A través de esta disposición se pretende salvaguardar el ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos a distancia, regulado en los artículos 68 y siguientes TRLGDCU. En principio, el artículo 21 de referencia proporciona una protección al consumidor de la que no puede ser privado mediante acuerdo entre las partes, de manera que

³⁹ Muy crítico con este precepto, *vid.* VILALTA NICUESA, A. E.: “Los derechos de los pasajeros en tiempos del Covid-19 y el *conundrum* del artículo 36 del RD-Ley 11/2020”, *La Ley*, nº 9360, 12 de mayo de 2020.

⁴⁰ DOUE L 326 de 11 de diciembre de 2015.

⁴¹ *Vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Comentario a la STJUE (Sala 3ª), de 17 de octubre de 2013, asunto C- 184/12, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV vs. Navigation Maritime Bulgare*”, *REDI*, vol. LXVI, 2014-I, p. 274.

⁴² BOE núm. 163 de 9 de junio de 2020.

⁴³ DOUE L 151 de 14 de mayo de 2020.

siempre que se trate de un contrato celebrado con un consumidor cuya residencia habitual se halle en nuestro país –y siempre que concurran las condiciones de aplicación del régimen de protección del artículo 6 RRI- el desistimiento del contrato deberá realizarse conforme a lo establecido en el citado precepto, con independencia de cuál sea el país del establecimiento del empresario y de la ley elegida por las partes. Esta disposición se aplicará como un límite a la autonomía conflictual de las partes, exigiendo del juez que conozca del asunto un análisis comparativo, que puede llevar a su no aplicación si la ley elegida por las partes es más protectora para el consumidor.

Sin embargo, como ya hemos adelantado, nada impide que estas normas de protección de una parte del contrato puedan ser calificadas como leyes de policía en el sentido del artículo 9.1 RRI, en la medida en que su carácter internacionalmente imperativo resulte esencial para la salvaguarda de intereses públicos, relativos a la organización social o económica del Estado. Efectivamente, reducir la finalidad estas nuevas disposiciones a la categoría de normas simplemente imperativas, que no persiguen la salvaguarda de intereses públicos – como exige el art. 9.1 RRI-, por el solo hecho de que tutelan de forma especial a los consumidores, puede resultar demasiado simple.

Es necesario analizar cada una de las disposiciones en causa, para ver en qué medida ha sido dictada con la finalidad de proteger un interés de este tipo y, en su caso, concretar cuál es su ámbito de aplicación. En este proceso de delimitación, un elemento relevante es el contexto de la norma y, a estos efectos, no podemos olvidar que las medidas de emergencia de las que hablamos han sido adoptadas con el objetivo de contener las excepcionales consecuencias económicas y sociales de la pandemia en un contexto de grave emergencia sanitaria, social y económica⁴⁴.

Por consiguiente, nada impide la calificación de estas medidas, adoptadas en materia de contratos de consumidores, como leyes de policía, más aún cuando la finalidad última no es la que típicamente persiguen las normas promulgadas en este ámbito. Por lo tanto, el juez español estará obligado a aplicar las nuevas medidas de protección de consumidores sea cual sea la *lex contractus*, elegida por las partes o determinada conforme a las conexiones subsidiarias del artículo 6 RRI.

Distinto es que, en muchos supuestos, la aplicación de estas disposiciones tiene como consecuencia una minoración de los derechos del consumidor que contraviene las normas de Derecho derivado UE y que requiere una declaración de compatibilidad por parte del TJUE.

V. Un reflexión final

Desde que el Director General de la OMS declarara que el brote por el nuevo coronavirus COVID-19 constituía una Emergencia de Salud Pública de

⁴⁴ Vid. MIGUEL ASENSIO, P.A. DE: “Medidas de emergencia...”, *loc. cit.*

Importancia Internacional (ESPII), todos los Estados de nuestro entorno han introducido restricciones en el tráfico internacional y han adoptado medidas de urgencia para hacer frente a la crisis sanitaria y a sus consecuencias económicas, que han justificado por razones de salud pública.

En un primer momento se pensó que estas medidas debían ser de corta duración y proporcionales a los riesgos de salud pública, debiendo reconsiderarse periódicamente. Sin embargo, la evolución de la situación, las incertidumbres sobre el nuevo virus, su morbilidad y mortalidad, así como la ausencia de un tratamiento o vacuna y la vulnerabilidad de los sistemas de salud pública, han acabado generalizando estas medidas restrictivas, que han dado lugar a un *Derecho especial* que afecta de manera particular al Derecho de los contratos. En este ámbito, las medidas adoptadas tienen un carácter imperativo que justifica su alcance internacional y su aplicación sea cual sea la ley reguladora del contrato.

No se ponen en duda las razones de orden público o salud pública que subyacen a estas normas imperativas de intervención; tampoco se cuestionan los beneficios de su inmediatez para afrontar un acontecimiento absolutamente extraordinario como el vivido durante el estado de alarma. Lo que en ningún caso puede justificarse es la promulgación de normas que contravengan los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico, entre los cuales se encuentra el principio de primacía del Derecho UE, o que limiten la autonomía de la voluntad (material o conflictual) de las partes de forma desproporcionada.

En muchos casos, nuestro legislador ha ido más allá de lo necesario, olvidando la virtualidad de los mecanismos que nuestro sistema de Derecho civil pone al servicio del deudor para exonerarse de responsabilidad por incumplimiento cuando este trae causa de una circunstancia sobrevenida e imprevisible. Incluso se han contravenido disposiciones de Derecho derivado europeo y conculcado derechos irrenunciables de los consumidores.

Este proceder de nuestro legislador se corresponde con un momento de nuestra historia en el que estamos asistiendo al resurgimiento de políticas comerciales de carácter proteccionista y a limitaciones de la libertad personal que atentan contra nuestros principios de orden público. Es cierto que existen razones de interés general que pueden legítimamente justificar estas medidas, pero no lo es menos que su falta de control puede comprometer hasta tal punto el funcionamiento del Mercado Interior y del Estado de Derecho que lleguemos a encontrarnos ante una nueva crisis económica y política de consecuencias imprevisibles.

Por esta razón, junto a las normas imperativas de intervención por razón de salud pública que cumplan el triple test de legitimidad, necesidad y proporcionalidad que la jurisprudencia del TJUE exige para declarar la compatibilidad con el Derecho europeo de las restricciones al funcionamiento del

Mercado Interior, es necesario reforzar el principio de autonomía de la voluntad de las partes que informa el Derecho de los contratos.

En este escenario juegan un papel fundamental las cláusulas de fuerza mayor o de *hardship*, que permiten a las partes del contrato protegerse de una imposibilidad legal, exonerándolas de responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones o permitiendo la resolución o la adaptación del contrato cuando concurren circunstancias impredecibles y ajenas al control de las partes que hacen excesivamente onerosa la prestación para una de ellas; o las cláusulas que contemplan la concesión de un plazo suplementario para el cumplimiento (*Nachfrist*), de manera que el deudor pueda subsanar su incumplimiento aun tardíamente⁴⁵.

Estas soluciones se compaginan mejor con un nuevo paradigma de desarrollo económico responsable y sostenible, social y medioambientalmente, que todos deseamos para el futuro.

⁴⁵ Vid. SÁNCHEZ LORENZO, S.: "Cláusulas de fuerza mayor y *hardship*", y VAQUERO LÓPEZ, C.: "Cláusulas de retraso y mora", SÁNCHEZ LORENZO, S. (Coord.): *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 405-432 y pp. 392-405.