

EL COVID-19 Y LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

The CoViD-19 and the execution of the contract

Dr. Massimo Franzoni

Profesor Ordinario de Derecho Civil
Universidad de Bolonia, Italia
<https://orcid.org/0000-0001-9528-3645>
massimo.franzoni@unibo.it

Resumen

Este ensayo trata del análisis de los efectos legales de la pandemia Covid 19 sobre los contratos de duración, con especial referencia a los instrumentos legales de revisión y ajuste de la relación contractual, también a través del uso de la buena fe y con el propósito de conservación de la relación contractual.

Palabras clave: Covid-19; hecho fortuito; contrato; buena fe; imposibilidad de ejecución.

Abstract

This essay deals with the analysis of the legal effects of the Covid pandemic 19 on the duration of contracts, with special reference to the legal instruments of review and adjustment of the contractual relationship, also through the use of the good and the good purpose of conservation of the contractual relationship.

Keywords: Covid-19; casualty; contract; good faith; impossibility of execution.

Sumario

1. Preámbulo. 2. Los decretos de urgencia. 3. Las normas de referencia del Código. 3.1. Sigue: una primera conclusión. 4. El empleo de la buena fe; hacia un deber de revisión del contrato. 5. Sigue: revisión del contrato, con qué consecuencias. 6. El papel del juicio causal sobre la relevancia del CoViD-19. **Referencias bibliográficas.**

1. PREÁMBULO

Esta pandemia ha cambiado enormemente las costumbres normales de vida de las personas de gran parte del mundo, y ha llevado a muchos a interrogarse

incluso sobre la medida del tiempo empleado por los humanos en la era de internet, o incluso sobre el sentido de la vida. Sus efectos todavía no han concluido, por lo tanto, el jurista todavía no puede elaborar un balance definitivo del evento, sin embargo, ya en este momento se puede hacer alguna consideración.

Uno de los sectores en los que se ha advertido inmediatamente la influencia del CoViD-19 es el de las relaciones comerciales reguladas por el contrato, especialmente en su fase ejecutiva, cuando los efectos no se produzcan de forma instantánea con la perfección del acto. ¿Qué sucede si un evento externo a la esfera de influencia de las partes altera sensiblemente la bilateralidad?¹ El fenómeno no es nuevo, se enfrenta con las reglas de la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación que se reflejan en las medidas de resarcimiento previstas en todos los códigos civiles. Deberíamos concluir *nihil sub sole novum*, también este asunto se tiene que regular a través del derecho común, al no pertenecer la pandemia a un género incompatible con las disposiciones de los códigos. Es más, se podría sostener que la pandemia no es más que una

¹ Cfr. ALPA, "Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata", en *Nuova giur. civ. comm.*, supl. No. 3, 2020, p. 57 y ss., con una especial atención a las relaciones laborales; GENTILI, "Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus", en *giustiziacivile.com*, Análisis del 29 de abril de 2020, p. 1 y ss.; MORELLO, "Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal Codice Civile", en *giustiziacivile.com*, 27 de abril de 2020, p. 1 y ss.; PIRAINO, "La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti", en *Contratti*, 2020, p. 485 y ss.; SERRAO D'AQUINO, "L'ombra del Cigno nero sui rapporti negoziali: il riequilibrio contrattuale nelle locazioni ad uso commerciale a seguito delle restrizioni per il CoViD-19", en *BioLaw Journal*, 2020, p. 301 y ss.; SIRENA, "L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di CoViD-19", en *Nuova giur. civ. comm.*, supl. No. 3, 2020, p. 73 y ss.; TUCCARI, "Sopravvenienze e rimedi al tempo del CoViD-19", en *Jus civile*, No. 2, 2020, p. 499 y ss.; ZACCHEO, "Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da CoViD-19", en *giustiziacivile.com*, 21 abril 2020, p. 4 y ss.

El impacto de la pandemia se ha producido de forma relevante en las relaciones de arrendamiento comercial, sin pretensiones de exhaustividad: CUFFARO, "Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia", en *Giust. civ.*, 2020, No. . 1 espec., p. 233 y ss.; D'ADDA, "Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del CoViD-19: quali risposte dal sistema del diritto contrattuale", en *Nuova giur. civ. comm.*, supl. No. 3, 2020, p. 102 y ss.; DOLMETTA, "Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per 'misure di contenimento' pandemico", disponible en [https://blog.ilcaso.it/news_915/23-04-20/Locazione_di_esercizio_commerciale_\(o_di_studi_professionali\)_e_riduzione_del_canone_per_%C2%ABmisure_di_contenimento%C2%BB_pandemico?https://news.ilcaso.it/?utm_source=newsletter&utm_campaign=solo%20news&utm_medium=email](https://blog.ilcaso.it/news_915/23-04-20/Locazione_di_esercizio_commerciale_(o_di_studi_professionali)_e_riduzione_del_canone_per_%C2%ABmisure_di_contenimento%C2%BB_pandemico?https://news.ilcaso.it/?utm_source=newsletter&utm_campaign=solo%20news&utm_medium=email) [artículo 915]; SALANITRO, "Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea", en *Nuova giur. civ. comm.*, supl. No. 3, 2020, p. 110 y ss.; TRIMARCHI, "Le 'locazioni commerciali', il CoViD-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata", en *Notariato*, 2020, p. 235 y ss.

especie del género más amplio del caso fortuito, por lo que el remedio a la alteración de la bilateralidad se encuentra en la práctica que nos llega de una consolidada tradición.

Por otra parte, se podría decir que este hecho imprevisto es diferente de los demás a causa de su dimensión global, así que el asunto, que concierne a las partes del contrato, no es necesariamente lo único que interesa al ordenamiento jurídico. En resumen, entre los efectos que la pandemia puede causar en la ejecución del contrato puede haber un incumplimiento, pero no necesariamente se tiene que reaccionar con la responsabilidad del deudor si ello comporta la resolución del contrato. No se puede excluir que el interés general, entendido también como interés del mercado, del que el ordenamiento se tiene que hacer cargo, tiene que privilegiar una solución conservadora de ese contrato, aunque este se deba mantener, por así decirlo.

Además, el CoViD-19 ha vuelto a proponer el tema de los imprevistos contractuales que hay que administrar no necesariamente observando la lógica de la distribución del riesgo contractual entre las partes, según el espíritu de todo contrato, siguiendo el criterio de imputación de la responsabilidad. Tal vez no es casualidad, pero esta pandemia ofrece el pretexto para pensar en el contrato, no tanto desde la perspectiva del acto de voluntad, sino en la lógica de la relación que del mismo surge. En otras palabras, se puede observar el contrato como programa para realizar el interés de las partes a condición de que no entre en contraste con el interés general, en este momento representado por el mercado. Cuando el sacrificio de una parte, a causa de un incumplimiento, contrasta con el interés general, entonces la bilateralidad alterada por el hecho imprevisto se puede reequilibrar.² Aquí se puede leer la simplificación de la norma constitucional que prohíbe que la libre iniciativa económica entre en contraste con la utilidad social (art. 41.2, Constitución italiana).

Además, la relación entre las prestaciones que determina la bilateralidad es esencial, ya que si una falta, el cumplimiento de la otra invalidaría el sentido de la operación programada. Cuando el contrato es conmutativo, el intercambio se da entre prestaciones que tienen que permanecer económicamente equiparables, de modo que los asuntos sucesivos a la formación del negocio que influyen en el valor de una prestación, creando un desequilibrio económico

² Cfr. ROPPO-NATOLI, *Contratto e CoViD-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, disponible en <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1033-contratto-e-covid-19-dall-emergenza-sanitaria-all-emergenza-economica-di-vincenzo-ropo-e-roberto-natoli>

respecto a la otra, son susceptibles de influir en la suerte del contrato. La alteración de la bilateralidad, por lo tanto, compromete el acto de autonomía privada, pero no si el contrato es aleatorio por naturaleza “o por voluntad de las partes” (art. 1469 CC).

2. LOS DECRETOS DE URGENCIA

La legislación, durante la emergencia, ha dictado reglas dirigidas a introducir remedios temporales, sin un claro diseño sistemático, y probablemente no se podía pretender más. La adopción de medidas de naturaleza excepcional ha inducido a algunos a invocar la llamada “legislación de guerra”.³

El resultado ha sido una densa trama de normas orientadas, en su conjunto, tanto a esterilizar algunas disposiciones de derecho societario y concursal, que contrastan con el carácter específico de la crisis, como a conceder moratorias generalizadas,⁴ o incluso a congelar la situación, parando el tiempo de las relaciones negociales durante el año en curso, a la espera (o con la esperanza) de momentos mejores o, por lo menos, previsibles.⁵ Por ejemplo, el art. 103.6, Decreto-Ley No. 18, de 17 de marzo de 2020, convertido por la Ley No. 27, de 24 de abril de 2020, y modificado por el art. 17-*bis*, punto 1, Decreto-Ley

³ Véase D'AMICO, “L'epidemia CoViD-19 e la ‘legislazione di guerra’”, en *Contratti*, 2020, p. 253 y ss.; IRTI, “Il diritto pubblico e privato in un'epoca che fa eccezione”, en *Il Sole 24 Ore*, 5 mayo 2020, p. 20, que trata de “un derecho errante, incierto, como inciertos son los caminos, las formas y la duración del enemigo invisible”.

⁴ Por ejemplo, Decreto-Ley No. 9, de 2 marzo 2020, *Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da CoViD-19* (20G00026); Decreto-Ley No. 11, 8 marzo 2020, *Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da CoViD-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria* (20G00029).

⁵ Cfr. Decreto-Ley No. 18, de 17 marzo 2020, Medidas de potenciación del Servicio sanitario nacional y de apoyo económico para familias, trabajadores y empresas relacionadas con la emergencia epidemiológica de CoViD-19, llamada Cura Italia o Salva Italia, convertido con modificaciones por la Ley No. 27, 24 abril 2020, que ha previsto una desgravación fiscal del 60 %, para los arrendatarios que han tenido que pagar la renta por inmuebles de uso comercial (art. 65); que ha introducido las videoconferencias (art. 73, titulada *Semplificazioni in materia di organi collegiali*); que ha destacado la importancia de los arts. 1218 y 1223 CC en el juicio de responsabilidad (art. 91, titulado *Disposizioni in materia ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici*); que ha suspendido el pago de las rentas para el sector deportivo (art. 95); que ha establecido el reembolso de títulos de viaje, de estancia y de paquetes turísticos (art. 88-*bis*, la medida integra una disposición anterior que había establecido el reembolso del precio del billete o la emisión de un vale por el mismo importe con validez de un año).

No. 34, de 19 mayo de 2020, convertido por la Ley No. 77, de 17 de julio de 2020, en tema de arrendamientos, ha suspendido la ejecución de las medidas de desalojo de los inmuebles hasta el 31 de diciembre de 2020.

Excepcionalmente, solo para los arrendamientos de “gimnasios, piscinas e instalaciones deportivas de propiedad de sujetos privados”, el art. 216.3 del Decreto-Ley No. 34, de 19 de mayo de 2020, llamado “decreto relanzamiento”, convertido con modificaciones por la Ley No. 77, de 17 de julio de 2020, preveía la reducción del importe debido en los meses comprendidos entre marzo y julio de 2020 *“que, salvo que la parte interesada demuestre un importe diferente, se presume del 50% del alquiler acordado en el contrato”*.⁶ Asimismo, el art. 95 del Decreto-Ley No. 18, de 2020, modificado por el art. 216.1, letra a), del Decreto-Ley No. 34, de 19 de mayo de 2020, ha dispuesto la suspensión de los plazos de pago de las rentas y licencias relativas a la adjudicación de instalaciones deportivas públicas del Estado y de los entes territoriales, en beneficio de federaciones deportivas nacionales, entes de promoción deportiva, sociedades y asociaciones deportivas, para profesionales y aficionados.

Ha sido amplio el empleo de la normativa tributaria para reequilibrar la relación alterada, en el interés general y a cargo de la colectividad. A pesar del confinamiento, el objetivo del legislador no ha sido bloquear las actividades, sino conservar las relaciones existentes; en esta clave se ha previsto la desgravación fiscal para los arrendamientos o la emisión de vales para los viajes o los espectáculos que no se han podido realizar. Por ejemplo, se ha previsto la desgravación fiscal para pequeños comercios y tiendas en un 60 % del importe del alquiler del mes de marzo de 2020 (art. 65 del Decreto-Ley No. 18, de 17 de marzo de 2020) y, sucesivamente, para todos los arrendatarios de inmuebles de uso comercial, para el alquiler (incluido el *leasing*) de los meses de marzo, abril, mayo y junio de 2020, a condición de que hubiera una reducción de la facturación o de los ingresos de al menos el 50 % respecto al periodo tributario anterior (art. 28 del Decreto-Ley No. 34, de 2020, modificado por el art. 77.1, letra a, del Decreto-Ley No. 104, de 14 de agosto de 2020).

El art. 3.6-*bis* del Decreto-Ley No. 6, de 23 de febrero de 2020, modificado por el art. 91, del Decreto-Ley No. 181, de 17 de marzo de 2020, especifica que: *“el respeto de las medidas de contención del presente decreto se evalúa siempre en aras de la exclusión, en virtud y según los efectos de los artículos 1218 y 1223 CC, de la responsabilidad del deudor”*. En algunos casos el legislador advierte casi la

⁶ Cfr. TUCCARI, “Sopravvenienze e rimedi...”, *cit.*, p. 509 y ss.

necesidad de “enfaticar”, “*confirmando de esta forma lo que ya se podía deducir del art. 1218 CC, es decir, que el deber de respetar determinadas normas jurídicas no puede considerarse un hecho imputable a la responsabilidad del deudor*”.⁷ Advierto la importancia de hacer este énfasis, sobre todo por lo que respecta al art. 1223 CC, pues deja entender que la atención del intérprete se debe orientar hacia los dos aspectos de este asunto: la responsabilidad y el resarcimiento.

A esta disposición se añade posteriormente la del art. 3.6-ter, del Decreto-Ley No. 6, de 23 de febrero de 2020: “*en las controversias en materia de obligaciones contractuales, en las que el respeto de las medidas de contención del presente decreto, o bien dispuestas durante la emergencia epidemiológica de CoViD-19 en virtud de disposiciones sucesivas, se pueda evaluar en virtud del punto 6º-bis, el experimento del procedimiento de mediación según el punto 1-bis del art. 5 del DL núm. 28, de 4 de marzo de 2010, constituye una condición de admisibilidad de la demanda*”.⁸ También esta norma nos ha de hacer reflexionar. Parece querernos decir que la responsabilidad y el resarcimiento se deben aplicar en función de cada caso y que, de todas formas, antes de emplear los remedios ordinarios que valdrían para cualquier controversia ordinaria, es necesario experimentar también remedios diferentes del juicio. Precisamente por ello, a pesar de la especialidad de la norma, el legislador ha introducido la regla general de la obligación de mediación.

Esta solución refuerza el art. 185-bis del Código de enjuiciamiento civil, según el cual “*el juez, en la primera audiencia, o bien hasta que se termine la fase de instrucción, propone a las partes cuando sea posible, considerando la naturaleza del juicio, el valor de la controversia y la existencia de cuestiones de fácil e inmediata resolución de derecho, una negociación o conciliación. Dicha propuesta no puede constituir motivo de recusación o abstención del juez*”.⁹

⁷ Cfr. NAVARRETTA, “CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema”, en *Nuova giur. civ. comm.*, supl. No. 3, 2020, p. 87.

⁸ El punto se ha añadido del art. 3.1-quater, del Decreto-Ley No. 28, de 30 abril 2020, convertido, con modificaciones, por la Ley No. 70, 25 junio 2020. Sobre el punto cfr. BENEDETTI, A. M., “Il rapporto obbligatorio al tempo dell’isolamento: brevi note sul Decreto ‘cura Italia’”, en *Contratti*, 2020, p. 214. Cfr., asimismo, “Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto”, en *giustiziacivile.com*, 29 abril 2020, p. 1 y ss., sobre el concepto de incumplimiento emergencial; NAVARRETTA, “CoViD-19 e disfunzioni...”, *cit.*, p. 87.

⁹ Sobre la capacidad de esta norma se concentra SERRAO D’AQUINO, “L’ombra del Cigno nero sui rapporti negoziali: il riequilibrio contrattuale nelle locazioni ad uso commerciale a seguito delle restrizioni per il CoViD-19”, en *BioLaw Journal*, 2020, § 8.

3. LAS NORMAS DE REFERENCIA DEL CÓDIGO

Normalmente la pandemia, como se decía, es causa o del incumplimiento de una parte o bien del sacrificio desequilibrado de la parte que cumple, frente a la otra parte. Puede suceder que el evento externo haga inútil el contrato para ambas partes, pero en este caso es difícil prever una verdadera controversia; la solución está en la resolución consensual del contrato original. Ahora bien, en estos casos la solución se ha de buscar en las reglas de la responsabilidad y en su reflejo sobre la resolución del contrato. El antecedente del juicio de responsabilidad, en la lógica liberal, es que el contrato es inmaterial y que, una vez concluido, la parte interesada tiene que soportar las consecuencias desfavorables del imprevisto: quien ha recibido, ha recibido; quien ha dado, ha dado. Hay que tener en cuenta que en la mentalidad del siglo XIX, a la que está vinculada la cultura de los juristas que redactaron el Código italiano, el contrato por antonomasia es el contrato de compraventa, es decir, el contrato cuyos efectos se producen de forma inmediata, aunque se puedan aplazar.

Si este es el modelo, los imprevistos se consideran de forma excepcional, como para el caso fortuito, porque cualquier otra solución acabaría comprometiendo el significado tradicional de la locución *pacta sunt servanda*, de la que la regla *rebus sic stantibus* constituye una aplicación concreta. Por ello es excepcional el art. 1467 CC, cuyo punto 3 prevé que *“la parte contra la cual se ha solicitado la resolución, puede evitarla proponiendo la modificación equitativa de las condiciones del contrato”*. Es excepcional el art. 1384 CC, que atribuye al juez el poder de reducir equitativamente la pena, cuando sea manifiestamente excesiva desde el principio o resulte excesiva como consecuencia de la ejecución parcial del contrato.¹⁰ Son excepcionales los arts. 1447 y 1448 CC sobre la rescisión del contrato por desequilibrio entre las prestaciones, también en este caso la desproporción es original.¹¹ Con alguna aproximación se puede sostener también que en los contratos de los consumidores, son nulas las cláusulas abusivas, esto es, las *“cláusulas que, a pesar de la buena fe, determinan a cargo del consumidor un desequilibrio significativo de los derechos y de las obligaciones que se derivan del contrato”* (art. 33 del Decreto legislativo No. 206, de 6 septiembre de 2005). Aquí el desequilibrio no se da entre las prestaciones que

¹⁰ Sobre este último asunto v. RATTI, *La caparra e la clausola penale tra autonomia privata e potere correttivo del giudice*, espec. p. 147 y ss.

¹¹ El primer estudio sistemático sobre estos asuntos fue desarrollado por LANZILLO, *“Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale”*, en *Contratto e impr.*, 1985, p. 309 y ss., rico en referencias a la normativa de otros ordenamientos: Alemania y Estados Unidos.

nacen del contrato, por lo tanto, no concierne al objeto, sino entre los derechos que nacen del reglamento contractual; y esta también es una limitación a la autonomía privada, que se da en virtud del interés general, entendido como interés del mercado en una competencia leal. La sanción de este desequilibrio es la nulidad, así como sucede para evaluar la legalidad de los contratos de seguro de responsabilidad civil que contienen la cláusula *claims made*;¹² o bien para comprobar que un contrato merece ser tutelado, o mejor dicho, la operación económica que resulta de un determinado vínculo contractual, cuando del conjunto de todas las operaciones resulte penalizada la misma parte.¹³

Si dirigimos la mirada al Título III del Libro IV, descubrimos que son muy numerosas las normas orientadas a garantizar el equilibrio del intercambio, en la fase inicial y sobre todo en la fase de ejecución del contrato.

En materia de arrendamientos, el art. 1584 CC prevé que si se tienen que realizar obras y el tiempo necesario se alarga durante más de una sexta parte de la duración del arrendamiento y, en cualquier caso, durante más de veinte días, *“el arrendatario tiene derecho a una reducción de la renta, en proporción a la duración total de dichas obras y a la entidad de la falta de goce de la cosa”* (punto 1). Y además: *“independientemente de su duración, si la ejecución de las obras hace inhabitable esa parte de la cosa que es necesaria para el alojamiento del arrendatario y de su familia, el arrendatario podrá obtener, según las circunstancias, la disolución del contrato”* (punto 2). Hay quien ha propuesto establecer por analogía, en virtud de esta norma, la disciplina para regular los imprevistos en

¹² Cfr. Cass., (ord.) 13 mayo 2020, No. 8894; Cass., 23 abril 2020, No. 8117; Cass., (ord.) 13 noviembre 2019, No. 29365, todas en *Banche dati del Foro*, sentencias íntegras; Cass., Pleno, 24 septiembre 2018, No. 22437, en *Giur. it.*, 2019, p. 30, con nota de DELFINI, *Le sezioni unite e le claims made: l'ultima sentenza e la Big Picture*; Cass., Pleno, 24 septiembre 2018, No. 22437, en *Corr. giur.*, 2019, p. 36, con nota de FACCI, *Le sezioni unite e le claims made: ultimo atto?*

¹³ Pienso en esos contratos que nacen de la exigencia de asegurar una pensión complementaria a favor de un consumidor, v. FORNASARI, *“Il giudizio di meritevolezza dei prodotti finanziari my way, ovvero la valutazione della razionalità dello scambio”*, en *Contratto e impr.*, 2017, p. 1281; DOLMETTA, *“My way, For you, ‘Piano visione Europa’ e corte di cassazione”*, disponible en http://www.ilcaso.it/articoli/fin.php?id_cont=894.php; las sentencias objeto de reflexión son Cass., 30 septiembre 2015, No. 19559, en *Banca, borsa e tit. cred.*, II, p. 137, con nota de TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*; Cass., 10 noviembre 2015, No. 22950, en *Società*, 2016, p. 721, con nota de COSTANZA, *For you for nothing o immeritevolezza*; Cas., 15 febrero 2016, No. 2900, en *Nuova giur. civ.*, 2016, p. 855, con nota de VERSACI, *Giudizio di meritevolezza e violazione di regole di condotta in materia di intermediazione finanziaria*; Cass., 29 febrero 2016, No. 3949, en *Contratti*, 2016, p. 897, con nota de BUONANNO, *Immeritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti mediante un contratto atipico di finanziamento: nullità o inefficacia?*

el contrato de arrendamiento durante el confinamiento.¹⁴ Se trata de normas que aplican el art. 1575 CC, que indica las obligaciones del arrendador, aunque claramente están también dirigidas a garantizar un intercambio equilibrado.¹⁵

Hay en el contrato de alquiler una serie relevante de disposiciones sobre el punto de las modificaciones imprevistas de la relación contractual. Es muy pertinente el art. 1632 CC, según el cual, si como consecuencia de una medida de la autoridad concerniente a la gestión productiva, *“la relación contractual resulta notablemente modificada de forma que las partes sufran respectivamente una pérdida y una ventaja, se podrá solicitar un aumento o una disminución del alquiler, o bien, según las circunstancias, la disolución del contrato”*. Este criterio se sigue para establecer las consecuencias de la pérdida de los beneficios en los alquileres plurianuales de tierras agrícolas (art. 1635 CC), en los alquileres anuales (art. 1636 CC). El art. 1637 CC prevé una distinción entre caso fortuito ordinario y extraordinario, declarando nulo el pacto por el que el arrendatario se hace cargo del riesgo del caso fortuito extraordinario. Para nuestra reflexión, también esta norma presenta un cierto interés, ya que la pandemia debería pertenecer al género del caso fortuito extraordinario.¹⁶

En referencia al tema del contrato de obra, el art. 1664 CC dispone la regla de la conmutatividad: el valor de la prestación y de la contraprestación tiene que permanecer constante hasta el momento de la extinción del contrato. Si por *“circunstancias imprevisibles se han producido aumentos o disminuciones en el coste de los materiales o de la mano de obra, que determinen un aumento o una disminución superiores a una décima parte del precio total acordado, el contratista o el comitente pueden solicitar una revisión del precio”*.

Dentro de unos límites se puede aplicar también el art. 1818 CC, según el cual *“si se han prestado cosas que no sean dinero, y la devolución se ha hecho imposible o muy difícil por una causa no imputable al deudor, este deberá pagar el valor, teniendo en cuenta el momento y el lugar en el que se tenía que realizar la*

¹⁴ Cfr. DOLMETTA, “Locazione di esercizio commerciale...”, *cit.*, § 6.2.

¹⁵ Por ejemplo, Cass., 15 marzo 2018, No. 6395, en *Riv. giur. edil.*, I, 2018, p. 647, de la que se deduce que la norma se aplica de forma extensiva, pero en el ámbito del arrendamiento. El Mantua, 11 febrero 2014, en *Foro it.*, 2014, I, c. 3003, redujo un 40 % del alquiler, ya que el agua estaba contaminada con arsénico, por lo tanto, el arrendatario de un inmueble destinado a vivienda se veía privado de agua potable.

¹⁶ *Incidenza del coronavirus su alcune tipologie contrattuali di dipartimento privato e giudiziale*, a cargo de Studio Bonellierede, disponible en <http://giustiziacivile.com/editoriali/speciale-emergenza-covid-19>, espec. § 4.

devolución". Aquí también encontramos circunstancias externas a la esfera de las partes que comportan una modificación de las prestaciones, para evitar un gravamen para una parte.

El contrato de seguro, además, dicta reglas concretas para la cesación del riesgo durante el seguro (art. 1896 CC), para la disminución del riesgo (art. 1897 CC), y para el agravamiento del riesgo (art. 1898 CC). En este contrato, la circunstancia imprevista es objeto también de determinadas obligaciones de información que el asegurado tiene que cumplir ante el asegurador, en su interés, pero también en el interés del buen funcionamiento del sistema mutualista, y por lo tanto, el interés general. *Ante litteram* encontramos en el sistema de seguros la aplicación de una regla de necesidad que, recientemente, se ha predicado para el funcionamiento del mercado, de las reglas de la competencia. Así que, en ámbito de seguros, el interés general no necesariamente procede hacia el interés de las partes, a pesar de que aparentemente se proteja más al asegurador respecto al asegurado. El primero está más protegido porque, a través de él, se realizan las condiciones para un mejor funcionamiento del sistema mutualista que todos compartimos.

3.1. *SIGUE*: UNA PRIMERA CONCLUSIÓN

Se podría suponer que estas normas previstas para algunos de los contratos son tan numerosas que legitiman una aplicación análoga para reequilibrar la bilateralidad, incluso cuando la ley no haya dispuesto nada expresamente. O bien que esas mismas normas pueden aplicarse también para casos análogos a los dispuestos de forma expresa en los contratos. Así, aunque en el contrato de arrendamiento la obligación principal del arrendador es ceder el goce de la cosa al arrendatario, con el compromiso de "*mantenerla en el estado adecuado para el uso acordado*" (art. 1575, núm. 2, CC); y aunque en la consolidada interpretación de la disposición, la obligación se refiere a las características materiales y a las cualidades jurídicas del bien,¹⁷ pero no a los requisitos que conciernen al desarrollo de la actividad programada por el arrendatario,¹⁸ se

¹⁷ Cfr., *ex multis*, TRIMARCHI, M., "La locazione", en *Trattato dir. civ. C.N.N.*, IV, 21, p. 164 y ss., quien precisa que "el parámetro que hay que utilizar para determinar características y cualidades requeridas, es el destino pactado del bien concedido para el goce".

¹⁸ Cfr. Cass., 26 mayo 2020, No. 9670, en *Mass. Foro it.*, 2020: "en un contrato de arrendamiento de uso diferente al de vivienda corresponde al arrendatario comprobar la subsistencia de las certificaciones técnicas y administrativas necesarias para desarrollar la actividad. Queda excluido que el arrendatario pueda considerar al arrendador responsable por la falta del certificado de viabilidad de los locales, a no ser que este pacto no se hubiera establecido expresamente en el contrato de arrendamiento"; la orientación es constante, Cass., 16 junio 2014, No. 13651, en *Mass. Foro it.*, 2014.

podría aventurar que, de todas formas, teniendo en cuenta el art. 1584 CC, o bien las normas sobre el alquiler, la pandemia hace legítima una solicitud de reducción o de suspensión del alquiler por analogía.¹⁹

Dicha solución no parece satisfactoria, porque pone en crisis una antigua regla hermenéutica que regula la relación entre las normas del contrato en general y las de los contratos individuales que se rigen por el principio de especialidad. Es una aplicación de esta antigua regla el art. 1323 CC, según el cual, a todos los contratos se aplican las normas generales contenidas en este título, salvo que se encuentren normas especiales para los contratos individuales. Del principio de especialidad, como es sabido, surge también la prohibición de interpretación extensiva o analógica (art. 14, Disp. Prel. del CC). La solución de un problema específico, efectuada con interpretación evolutiva, es deseable a condición de que no modifique las reglas sistemáticas que, como tales, están destinadas a ser aplicadas en diferentes ámbitos. Cambiando estas reglas se resuelve el problema de forma inmediata, pero se abren tantas cuestiones en diferentes sectores, que nos hace dudar de la elección: la ventaja obtenida no supera el perjuicio creado.

Todo ello no significa terminar el partido, dejando la pérdida o el mayor gravamen donde caiga. Además no es esta la señal que, aunque con timidez, el legislador ha enviado al intérprete, cuando ha establecido que para eximir de su responsabilidad a un deudor incumplidor en virtud del art. 3.6-*bis*, del Decreto-Ley No. 6, de 2020,²⁰ es indispensable que la falta de ejecución, o bien la ejecución inexacta o tardía de la prestación dependa del respeto de una disposición para contener el número de contagios.²¹ Por lo tanto, el obstáculo

¹⁹ SALANITRO, "Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea", en *Nuova giur. civ. comm.*, supl. No. 3, 2020, p. 111; D'ADDA, "Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del CoViD-19: quali risposte dal sistema del diritto contrattuale", en *Nuova giur. civ. comm.*, supl. No. 3, 2020, p. 106; DOLMETTA, "Locazione di esercizio commerciale (o di studio professionale) e riduzione del canone per misure di contenimento pandemico", en *Il caso.it*, 23 abril 2020.

Hay quien ha llegado a resultados análogos, sosteniendo que la imposibilidad de gozar de la prestación por parte del arrendatario frustraría la causa concreta del contrato, como CARAPEZZA FIGLIA, "Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?", en *Attualità Giuridica Iberoamericana*, 2020, p. 428 ss. Pero la solución no convence, porque no me parece que haya un vicio original del acto, sino que la alteración sobreviene.

²⁰ El punto se ha introducido por el art. 91.1 del Decreto-Ley No. 18, de 17 marzo 2020, convertido con modificaciones por la Ley No. 27, de 24 abril 2020.

²¹ Puntualmente recogido por DE CRISTOFARO, "Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus CoViD-19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento", en *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 581 y ss.

a la regular aplicación del contrato, si no puede depender genéricamente de la difusión de la pandemia, y tiene que fundarse en el respeto de una prohibición de emergencia, con estas condiciones, sin embargo, tiene que considerarse también a efectos del resarcimiento del daño, en este sentido se tiene que entender la referencia al art. 1223 CC.

Pero hay más.

4. EL EMPLEO DE LA BUENA FE; HACIA UN DEBER DE REVISIÓN DEL CONTRATO

Salvo aquellos que consideren que hay que aplicar extensivamente las normas de los contratos especiales para reequilibrar los imprevistos causados por el CoViD-19, la mayoría de los autores que se han ocupado del asunto ha considerado que el hecho de ejecutar el contrato en virtud de la buena fe (art. 1375 CC) comporta el nacimiento de un deber de revisión del contrato. No me parece que alguien haya apoyado la tesis de que, *rebus sic stantibus*, la responsabilidad se emplea con la técnica ordinaria, sin atribuir efectos al hecho pandémico y por lo tanto, dejando la pérdida donde caiga.

La opinión prevalente no es una novedad de última hora ocasionada por el CoViD-19.

Desde hace tiempo hay una reflexión sobre el sentido que hay que atribuir a la inviolabilidad del acto de autonomía contractual, especialmente cuando circunstancias imprevistas, independientes de la disponibilidad de las partes, alteren la bilateralidad original.²² La lectura constitucional del art. 1375 (y 1175) CC, basada en el deber de solidaridad social del art. 2 (y del art. 41.2) de la Constitución, ha consentido conjugar la idea de que la pretensión de una parte, aunque respete el reglamento contractual, puede considerarse no exigible,

²² Cfr. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*; y más recientemente, *id.*, entrada "Revisione e rinegoziazione del contratto", en *Enc. dir., Annali*, II, p. 1026 y ss.; *id.*, "Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di coronavirus", en *giustiziavivile.com*, 17 marzo 2020; NAVARRETTA, "CoViD-19 e disfunzioni...", *cit.*, p. 92; ALPA, "Note in margine...", *cit.*, p. 63. El tema de la renegociación lo tratan casi todos los autores que han intervenido en el debate; sobre una propuesta de la asociación de civilistas italianos, cfr. DOLMETTA, "Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)", disponible en <http://giustiziavivile.com/obbliga-zioni-e-contratti/approfondimenti/il-problema-della-rinegoziazione-ai-tempi-del-coronavirus#testo-3>, § 12.

para evitar un abuso de derecho.²³ Además, ha consentido atribuir una función integrativa a la buena fe para admitir algunas pretensiones no basadas en el reglamento contractual.²⁴ Todo ello para evitar, por otras vías, que en el curso de la duración del contrato la bilateralidad pudiera alterarse, por otras razones.

Esta reflexión tiene de su parte el cambio del modelo de contrato que se toma como referencia en el ordenamiento jurídico para la predisposición de los remedios, que ha pasado del de compraventa, como prototipo de contrato con eficacia instantánea, al de contrato de obra, con un servicio por objeto, por lo tanto, un contrato “*de ejecución continuada o periódica o bien diferida*” (art. 1467 CC), en otras palabras, un contrato de duración. Por otra parte, la sociedad postindustrial ya no es la de los productores de bienes, sino la de los productores de servicios. El cambio de contexto modifica también los remedios que hay que emplear en el supuesto de no ejecución del contrato; en conclusión, el juicio de responsabilidad, con consiguiente resolución del contrato en determinadas situaciones, como la que analizamos, tiene que convertirse en un remedio marginal, aunque sea necesario.²⁵

Es este el mensaje que proviene de la lectura de los principios *Unidroit*, que en el art. 6.2.2 (Definición de *hardship*), han previsto: se da un supuesto de *hardship* cuando “*se producen eventos que alteran sustancialmente el equilibrio del contrato, o por el aumento de los costes de la prestación de una de las partes,*

²³ Como se sabe, el *leading case*, por lo menos por su resonancia, es el caso *Renault*, del Cass., 18 septiembre 2009, No. 20106, publicada en todas las principales revistas entre las que destaca *Nuova giur. civ.*, II, 2010, p. 139, con nota de SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, que ha declarado contraria a la buena fe la rescisión *ad nutum* de un contrato de concesión de venta.

²⁴ Cfr. Cass., 20 abril 1994, No. 3775, conocida como el caso *Fiuggi*, publicada en las principales revistas: *Giust. civ.*, I, 1994, p. 2168, con nota de MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*. Sobre todos ellos me he extendido en FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto – Suoi effetti reali e obbligatori*, sub art. 1375, Secc. II, *Il contenuto integrativo della buona fede*, y Secc. III, *La buona fede come limite nell'esecuzione del contratto*, donde se aborda el tema del abuso de derecho.

²⁵ Por este motivo se ha convertido en una práctica común el hecho de prever las llamadas cláusulas de *hardship*, que al producirse un cambio de las condiciones de hecho determinan la obligación de las partes de modificar las condiciones del acuerdo. Cfr. FRIGNANI, entrada “*Hardshipclause*”, en *Dig. disc. comm.*, VI, p. 446 y ss.; CIRIELLI, “*Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*”, en *Contr. e impr./Europa*, 1998, p. 733 y ss.

o por la disminución del valor de la contraprestación”.²⁶ Y en el sucesivo art. 6.2.3 (Efectos del *hardship*): “en caso de *hardship*, la parte desfavorecida tiene derecho a solicitar la renegociación del contrato. La solicitud se tiene que hacer sin un retraso injustificado y debe indicar los motivos en los que se basa”.²⁷

En Alemania, el Código civil, § 313 del *BGB*, modificado por la reforma de 2002, prevé expresamente la renegociación: “si las circunstancias, base del contrato, se alteran tras su conclusión de forma tan relevante que las partes, si hubieran previsto esta alteración de las circunstancias, no lo habrían concluido o bien lo habrían concluido con un contenido diferente, cada parte puede solicitar a la otra la adecuación del contrato dado que no se puede presumir que una parte permanezca vinculada al contrato invariado, considerando todas las circunstancias de cada caso, y en particular la distribución del riesgo contractual o legal”.²⁸ Recientemente, la ley alemana de 7 de octubre de 2020 (*Gaceta oficial federal*, I, p. 1643), *mWv* de 31 de julio de 2020, situándose en una posición muy similar a la del legislador italiano, ha establecido una suspensión general de todos los contratos, no solo para los consumidores, sino también para las microempresas,²⁹ que tienen derecho a negar los servicios necesarios para cumplir una exigencia de un contrato si ello pone en riesgo la subsistencia de dicha empresa.

²⁶ La norma prosigue previendo que “(a) los eventos se producen o la parte desfavorecida se da cuenta de ellos tras la conclusión del contrato;
(b) los eventos no se podían considerar de forma razonable por la parte desfavorecida en el momento de la conclusión del contrato;
(c) los eventos son ajenos a la esfera de control de la parte desfavorecida; y
(d) el riesgo de dichos eventos no se había asumido por la parte desfavorecida”.

²⁷ Vale la pena recordar que la misma norma prosigue estableciendo que “la solicitud de renegociación no da, de por sí, a la parte desfavorecida el derecho a suspender la ejecución. / En caso de falta de acuerdo entre las partes en un plazo razonable, cada una de ellas podrá dirigirse al juez”.

²⁸ Los puntos sucesivos prevén que “a la alteración de las circunstancias equivale la situación en la que las ideas esenciales de las partes, base del contrato, se revelen erróneas. / En el caso en que una adecuación del contrato no sea posible o no se pueda exigir por una de las partes, la parte desfavorecida puede rescindir el contrato. En los contratos de larga duración el derecho a resolver el contrato sustituye el derecho a la rescisión del propio contrato”. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, p. 191, evidencia la inversión lógico-conceptual respecto a las disposiciones más remotas, como las de los arts. 1448 ss. y 1467.3 CC, en las que “el remedio previsto en primera instancia es la eliminación del contrato, mientras que el reequilibrio es posible solo tras una solicitud específica de la parte contractual que cubre el papel de demandado en el juicio en que se promueve la relativa acción”.

²⁹ Se definen así en virtud de la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (*Gazz. Uff.*, L. 124 de 20 de mayo de 2003, p. 36).

Es bastante reciente la reforma del *Code Napoléon*, que, además de haber eliminado la causa de los elementos esenciales del contrato, ha previsto una disciplina precisamente sobre los imprevistos. En general, sin disminuir el plan de remedios sobre el acto (arts. 1169, 1170 y 1171 del *Code Napoléon*), ha añadido los remedios sobre la relación; así el art. 1195 del *Code Napoléon* dispone que “si un cambio imprevisible de las circunstancias en el momento de la conclusión del contrato hace la ejecución excesivamente onerosa para una parte que no había aceptado asumir el riesgo, esta última puede solicitar una renegociación del contrato a la otra parte (punto 1)”. Y añade que “en caso de rechazo o fracaso de la renegociación, las partes pueden concordar la resolución del contrato, en la fecha y a las condiciones por ellos establecidas, o solicitar al juez, de común acuerdo, que proceda a adaptarlo. A falta de un acuerdo dentro de un plazo razonable, el juez puede, bajo solicitud de una parte, revisar o resolver el contrato, en la fecha y a las condiciones que él establezca” (punto 2). Según una determinada opinión, el juez podría modificar de forma autónoma el acuerdo también en ausencia de una solicitud expresa de la parte interesada, cuando se trate de evitar comportamientos oportunistas a causa de un cambio en la conveniencia de determinados negocios.

En el derecho angloamericano, el ordenamiento prevé un control de la relación de valor entre las prestaciones. Existe el remedio de *adequacy of consideration*, con el que, una vez evaluado el contrato desde el punto de vista objetivo o causal, se puede expresar un juicio sobre la idoneidad de una prestación que actúe como justificación causal (*consideration*) de la contraprestación, teniendo en cuenta su valor económico (*adequacy*). Además, está consentido estimar la naturaleza más o menos “razonable” (*conscionable*) del acuerdo, en relación con las circunstancias incluso de carácter subjetivo que han acompañado la formación del mismo. “Dicho tipo de evaluación, introducida por los juicios de *equity*, consiste en negar efecto a los contratos estipulados en condiciones desiguales, cuando sean *unconscionable*, en relación con lo que un operador económico racional habría cumplido, y ello dependa de determinadas condiciones subjetivas (necesidad, inexperiencia, enfermedad, etc.), que –sin ser casos típicos de vicios del consentimiento– manifiestan una situación de debilidad de una de las partes respecto a la otra”.³⁰ A pesar de ser más cercana a nuestra rescisión, esta figura es sintomática de una norma global que tiende a no absolutizar la regla *rebus sic stantibus*.

En Italia, como en España, no existe en el Código una regla que imponga la renegociación en determinadas circunstancias, generalmente se basa esta

³⁰ LANZILLO, “Regole del mercato...”, *cit.*, § 8, donde se cita la bibliografía especializada.

obligación en el deber de ejecución según la buena fe. Sin embargo, una obligación semejante se previó por el Gobierno en un proyecto de ley de revisión del Código civil depositado tiempo atrás (Decreto-Ley de 19 de marzo de 2019, Actas del Senado, No. 1151). Con otros fines, pero en la misma lógica de la prohibición de la negación de contratar, el art. 9.2 de la Ley No. 192, de 18 de junio de 1998, *Disciplina de la subcontratación en las actividades productivas*, titulada "Abuso de dependencia económica", dispone que "el abuso puede consistir en negarse a vender o negarse a comprar",³¹ por la parte fuerte.

En este momento, a falta de una norma para casos concretos, el empleo de la buena fe, es decir, de una norma como cláusula general, puede legitimar al juez a solicitar a las partes la renegociación del contrato, en virtud del art. 3.6-ter del Decreto-Ley No. 6, de 23 de febrero de 2020, según el cual "en las controversias en materia de obligaciones contractuales, en las que el respeto de las medidas de contención del presente decreto, o bien dispuestas sucesivamente durante la emergencia epidemiológica de CoViD-19, puede evaluarse según el punto 6º-bis, el experimento preventivo del procedimiento de mediación en virtud del punto 1-bis del artículo 5 del DL núm. 28, de 4 de marzo de 2010, constituye condición de admisibilidad de la demanda".

5. SIGUE: REVISIÓN DEL CONTRATO, CON QUÉ CONSECUENCIAS

En este sentido cumplir una obligación de revisión del contrato no significa que el deudor tenga que llegar a un acuerdo a toda costa, so pena de incumplimiento. Queda por considerar, sin embargo, si la falta de acuerdo puede legitimar al juez a emplear la función integrativa de la buena fe para reequilibrar la bilateralidad comprometida por el imprevisto,³² y por esta vía llegar a

³¹ Esta norma se valoriza por BENEDETTI, A. M., "Il 'rapporto' obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?", disponible en http://www.dirittoegiustizia.it/news/11/0000098224/Il_rapporto_obbligatorio_al_tempo_dell_isolamento_una_causa_di_justificazione.html; id., "Stato di emergenza...", cit.

³² Señalo a este propósito un fragmento del Informe No. 56, de 8 de julio de 2020, de la Of. Extrac. Cass., disponible en http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Tematica_Civile_056-2020.pdf, que en el § 9, dispone: "La obligación de renegociar impone que se entablen nuevas negociaciones y conducir las correctamente, pero no concluir el contrato modificado. Por lo tanto, la parte que debe renegociar cumple si, en presencia de los presupuestos que requieren la revisión del contrato, promueve una negociación o acepta la invitación a renegociar que le dirige la contraparte y si propone soluciones equilibradas que puedan considerarse equitativas y aceptables en función de la economía del contrato; seguramente no se le puede exigir que acepte todas las pretensiones de la parte desfavorecida o que lleve a cabo, en todo caso, la conclusión del contrato

introducir una regla con un criterio similar al del art. 1371 CC: el contrato “se debe entender en el sentido menos gravoso para el obligado, si es a título gratuito, y en el sentido que llegue al equilibrio de los intereses de las partes, si es a título oneroso”.³³ A esta solución ha llegado recientemente una resolución romana que, de forma preventiva, ha redefinido el importe del alquiler de un inmueble de uso comercial y ha impedido la ejecución de la fianza hasta alcanzar un determinado importe.³⁴

La decisión comentada anteriormente no es irracional, pero no es seguro que pueda considerarse un verdadero *leading case*. Claro está, se puede sostener que en el caso *Fiuggi*³⁵ el juez se ha comportado de la misma forma, prácticamente reescribiendo el contrato y atribuyendo a una parte una compensación derivada de la nueva regla introducida judicialmente. Sin embargo, hay que decir que, en ese caso, el juez en cuestión había actuado en fase rescisoria, tras haber anulado, en fase rescindente, un fallo arbitral. Queda por ver qué nos depara el futuro.

En particular veremos si, como se sostiene en la parte final del Informe No. 56, de 8 de julio de 2020, de la Of. Extrac. Cass., se puede prever una intervención sustitutiva del juez vinculado al art. 2932 CC: “cuando se reconozca a cargo de las partes la obligación de renegociar la relación desequilibrada, se podría suponer que la falta de cumplimiento no comporta solo la reparación del perjuicio, sino que se expo-

que, como es evidente, presupone una evaluación personal de conveniencia económica y jurídica que no se puede impedir a ninguna de las partes. Se tratará, en cambio, de incumplimiento si la parte que debe renegociar se opone de forma absoluta e injustificada o se limita a entablar negociaciones superficiales, pero sin ninguna intención de revisar las condiciones del acuerdo. El incumplimiento de la obligación en cuestión reside en el hecho de negarse a la confrontación o bien realizar negociaciones maliciosas (esto es, sin ninguna intención seria de llevar a cabo la modificación del contrato). Según la jurisprudencia, los cánones de la solidaridad contractual, basados en la buena fe, establecen la salvaguardia del interés ajeno pero no hasta el punto de sufrir un sacrificio notable, tanto personal como económico (Cass., 27 abril 2011, No. 9404 y Cass., 4 mayo 2009, No. 10182, en *Italgjure*. En la doctrina, cfr. BIANCA, “La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale”, en *Riv. dir. civ.*, I, 1983, p. 209 y ss., p. 212 y ss.)”.

³³ Señalo un estudio reciente sobre esta norma de gran interés: MOLLO, *Regole finali di interpretazione del contratto*, espec. cap. II.

³⁴ Cfr. Trib. Roma, (ord.) 27 agosto 2020, disponible en http://www.dirittoegiustizia.it.ezproxy.unibo.it/allegati/11/0000089079/Tribunale_di_Roma_sez_VI_Civile_ordinanza_27_agosto_2020.html.

³⁵ Cfr. Cass., 20 abril 1994, No. 3775, *cit*.

ne a la ejecución específica de conformidad con el art. 2932 CC.³⁶ Esta solución no convence a todos los intérpretes, además, tradicionalmente, la aplicación del art. 2932 CC tiene un contenido mucho más limitado.³⁷ Así que, probablemente, no todos compartirán el pasaje sucesivo del razonamiento, en el que se afirma que “en caso de renegociación, [...] la intervención [la sentencia] adquiere un doble valor: mantiene la voluntad de las partes; al mismo tiempo determina de manera más amplia y considerable el contenido, sin tener en cuenta un reglamento detalladamente preconstituido”.³⁸

Con mayor firmeza se puede considerar que la intervención sustitutiva del juez es admisible cuando en el reglamento contractual se dan criterios con los que distribuir el riesgo que se deriva del contrato. Estas indicaciones son seguramente apropiadas para dar al juez el criterio y la legitimidad para restablecer el equilibrio negociador.³⁹

6. EL PAPEL DEL JUICIO CAUSAL SOBRE LA RELEVANCIA DEL COVID-19

Naturalmente, no es suficiente invocar la pandemia para poder recurrir a los diferentes remedios del Código, incluido el deber de renegociación.⁴⁰ Es ne-

³⁶ Informe No. 56, de 8 julio 2020, de la Of. Extrac. Cass., *cit.*, § 10. Lo ha afirmado el Trib. Bari (ord.), de 14 junio 2011, en *Contratti*, 2012, p. 571, con nota de PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale: “en virtud de la cláusula general de buena fe, subsiste la obligación de renegociar el contenido del contrato, en presencia de un cambio relevante de la situación de hecho o de derecho, respecto a la contemplada en el reglamento original, pudiendo el juez, en caso de incumplimiento de la obligación, constituir con sentencia los efectos del contrato modificativo que resultaría de la renegociación llevada a cabo con buena fe o, en el ámbito de un procedimiento preventivo, condenar a la parte que incumple a realizar la prestación a la que estaría obligada la parte tras la renegociación, y corroborar la condena con una penal judicial”*.

³⁷ Había sostenido la solución contraria en FRANZONI, *Degli effetti del contratto...*, II, *cit.*, sub art. 1375, § 4.1; y GENTILI, “La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziatione del contratto”, en *Contr. e impr.*, 2003, p. 712, p. 714 y ss., quien considera que se puede invocar el art. 2932 CC solo cuando haya “criterios concretamente dictados, si bien necesitan reconocimiento, aplicación, y en algunos casos, desarrollo e integración”.

³⁸ Informe No. 56, de 8 julio 2020, de la Of. Extrac. del Cass., *cit.*

³⁹ Es precisamente esta la solución adoptada por la Federal Court [Canadá] British Columbia, 21 septiembre 1990, en *Foro pad.*, I, 1996, c. 40: “cuando las partes hayan pactado acordar posteriormente la contraprestación de un contrato, hay implícita una obligación de negociar de buena fe y de no negar el consentimiento de forma irrazonable. Aunque en general no subsista una obligación implícita de negociar con buena fe, cuando haya una expectativa por las partes, la obligación de la buena fe, subsiste”. Cfr. FRANZONI, “Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto”, en *Contr. e impr.*, 1999, § 4; TIMOTEO, “Contratto e tempo – Note a margine di un libro sulla rinegoziatione contrattuale”, en *Contratto e impr.*, 1998, p. 619.

⁴⁰ Por ejemplo, Trib. Pisa, (ord.) 30 junio 2020, disponible en http://www.dirittoegiustizia.it.ezproxy.unibo.it/allegati/11/0000088833/Tribunale_di_Pisa_sez_Civile_ordinanza_deposi-

cesario que dicho evento determine la alteración de la bilateralidad y ello depende también de la naturaleza de las obligaciones que nacen del contrato. En primer lugar, es necesario dejar constancia que para las obligaciones pecuniaras se considera que estas no pueden nunca hacerse imposibles en virtud del art. 1218 CC. Este asunto, consolidado en la tradición, está motivado por el hecho de que el deudor está obligado a asegurar las condiciones para poder cumplir; así que la insolvencia financiera siempre se puede evitar. En otras palabras, corre a cargo del deudor el riesgo de la falta de pago.⁴¹

Hay contratos respecto a los cuales la pandemia actúa directamente sobre la ejecución de una de las obligaciones, para las que el art. 1218 CC podría aplicarse, incluso en el supuesto de imposibilidad parcial, regulada por el art. 1256 CC.⁴² Por ejemplo, el prestatario puede siempre pagar la cuota de la hipoteca, la pandemia tal vez puede incidir sobre circunstancias ajenas a la prestación en sí y bajo este perfil alterar la bilateralidad contractual. Esta es la razón que ha llevado al legislador a prever la suspensión del pago de las letras de la hipoteca llamada “primera casa”, introduciendo una norma que evita la aplicación de las reglas comunes de responsabilidad.⁴³

Hay otros contratos respecto a los cuales el objeto está predeterminado y las partes son conscientes de que la dinámica del intercambio no puede prescindir de una determinada precondition. Por ejemplo, en los contratos de arrendamiento de inmuebles para uso diverso de la vivienda, como un inmueble destinado a hotel, no se puede prescindir del uso que el arrendatario le dé en función del ejercicio de una determinada actividad conocida por el arrendador. De modo que, aun cuando la prohibición de ejercer la actividad comercial no impida disfrutar del bien en sí, la imposibilidad de ejercer la actividad para la que se había previsto el bien se convierte en una circunstancia idónea para

tata_il_30_giugno_2020.html, si bien el *dictum* es prácticamente obvio, es oportuno citarlo aquí para recordar que el razonamiento hasta ahora seguido sobre la renegociación hay que contextualizarlo en el sistema del derecho de obligaciones.

⁴¹ Para todos, GIORGIANNI, entrada “Inadempimento (dir. priv.)”, en *Enc. dir.*, § 25.

⁴² Frecuentemente surgen interrogantes sobre el vínculo entre el art. 1256.2, y el art. 1464 CC, en una perspectiva doble: “no solo respecto a la naturaleza de la resolución que se aplica cuando la imposibilidad temporal se tiene que considerar irrealizable (en relación con el título de la obligación o la naturaleza del objeto) o no exigible (respecto al interés crediticio), sino también respecto al efecto de la imposibilidad temporal (que no redunde en una imposibilidad total) sobre la contraprestación, al no estar dicho perfil específicamente regulado por el legislador” (NAVARRETTA, “CoViD-19 e disfunzioni...”, *cit.*, p. 88).

⁴³ Pero esta solución no es de lógica absoluta, ya que la ley alemana de 7 octubre 2020 (*Gaceta oficial federal*, I, p. 1643) *mWv* de 31 julio 2020, introdujo una derogación.

alterar la bilateralidad. Esto sucede también incluso cuando la actividad esté prohibida de forma temporal, como prevé el art. 1256 CC, y por lo tanto, el caso pueda reconducirse al incumplimiento parcial (art. 1464 CC).⁴⁴ Dentro de unos límites, la misma situación se da cuando el arrendamiento tiene por objeto un inmueble como vivienda para un estudiante universitario que procede de otra localidad y que, a causa de la suspensión de la didáctica y del cierre de la universidad, haya considerado inútil permanecer en el inmueble alquilado o incluso que no haya podido llegar físicamente al lugar del inmueble, teniendo en cuenta la prohibición de circular libremente.

Es diferente el caso del inmueble arrendado como vivienda civil, incluso cuando se trate de una casa alquilada para transcurrir las vacaciones y a la que no se pueda llegar a causa del confinamiento. Aquí falta el vínculo con el ejercicio de la actividad que hemos visto en los ejemplos anteriores, se trata de un goce mayor o menor, cuyo riesgo reside en la naturaleza del contrato y respecto al cual la circunstancia externa no es influyente.⁴⁵

En los contratos de distribución o suministro de mercancías, la adquisición, de por sí, no se ha hecho imposible, pero con el bloqueo del comercio, el empresario ya no tiene interés en adquirir las piezas o materias primas o no tiene interés en adquirir las cantidades previstas en el contrato.⁴⁶

En conclusión, hay que constatar que “las soluciones que ofrecen el Código civil y la legislación especial no son suficientes para distribuir el riesgo de forma equitativa. No se puede decir si es preferible que el riesgo recaiga en el propietario o en el empresario, porque el interés de ambos merece tutela; es más, el propietario podría ser a su vez empresario, podría contar con el pago de la renta de su inquilino para pagar, a su vez, otras rentas o letras de una hipoteca o cuotas de una financiación que hay que reembolsar”.⁴⁷ La singularidad de la pandemia requiere una distribución de la desutilidad que el rígido mecanismo de la responsabilidad prevista por el Código aplicado al contrato con prestaciones equitativas, no satisface.

Pero hay más.

⁴⁴ Cfr. CARNEVALI, “Contratti di durata e impossibilità temporanea di esecuzione”, en *Contratti*, 2000, p. 116 y ss.

⁴⁵ Así, ALPA, “Note in margine...”, *cit.*, p. 61.

⁴⁶ La citada ley alemana de 7 octubre 2020 ha pensado en supuestos como este.

⁴⁷ ALPA, “Note in margine...”, *cit.*, p. 62.

El hecho imprevisto de la pandemia, ocurrido durante la ejecución del contrato, debe ser la causa exclusiva de la alteración de la bilateralidad y no debe concurrir con el hecho del deudor. Así, por ejemplo, quien sea ya incumplidor, tal vez por retraso en el cumplimiento, aunque no se haya constituido formalmente en mora, difícilmente podrá invocar el derecho a revisar el contrato, porque, en última instancia, la circunstancia nueva es imputable a la parte incumplidora. Por lo tanto, en dichas circunstancias, el incumplimiento es imputable al deudor y no a la pandemia.

Una vez comprobado que el imprevisto es la causa de la alteración sinalagmática del contrato, y que el fracaso de las negociaciones para la renegociación es imputable a una conducta incorrecta de la parte favorecida o que sufre la menor pérdida, la parte más desfavorecida puede pretender la equidad del contrato considerado desequilibrado. La buena fe es el instrumento que consiente realizar una finalidad similar a la que el art. 1371 CC garantiza, si bien con fines exclusivamente hermenéuticos. No se trata de aplicar de forma análoga el art. 1371 CC, en la parte en la que prevé que el contrato debe ser entendido *“en el sentido que haya un equilibrio de los intereses de las partes, si es a título oneroso”*, sino que se trata de garantizar que la ejecución según la buena fe consienta actualizar la bilateralidad deseada por las partes en el momento de la conclusión del contrato, si esta se ha alterado por un hecho imprevisto.

Si el hecho imprevisto determina desequilibrios en los costes necesarios para realizar la prestación, la adaptación del contrato puede realizarse a través de una reconsideración de las reglas del cumplimiento o a través de una revisión al alza de los costes, con incremento del precio final. Es decisiva la evaluación sobre el comportamiento que ha determinado la interrupción de las negociaciones, ya que la revisión del contrato y la negociación se llevan a cabo con buena fe.⁴⁸

Todo parece coherente con la lógica de querer conservar el contrato por el interés general, pues la resolución del contrato es el presupuesto necesario, pero no suficiente, para la conclusión de un nuevo contrato que garantice el mismo valor que el anterior; es posible que tras dicha resolución no haya nada, y que, por lo tanto, se dé una pérdida social de valor. Probablemente, la tarea del jurista de nuestra época, especialmente en los tiempos del CoViD-19, es la de favorecer las condiciones para la conservación del contrato, antecedente

⁴⁸ Esta solución se encuentra en el Informe No. 56, de 8 julio 2020, de la Of. Extrac. del Cass., *cit.*, § 10.

de la circulación de la riqueza, que ahora asume la apariencia del célebre PIB, considerado el presupuesto del bienestar general.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FUENTES DOCTRINALES

- ALPA, "Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata", en *Nuova giur. civ. comm.*, supl. No. 3, 2020.
- BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015.
- BENEDETTI, A. M., "Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto 'cura Italia'", en *Contratti*, 2020.
- BENEDETTI, A. M., "Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto", en *giustiziacivile.com*, 29 abril 2020.
- BENEDETTI, A. M., "Il 'rapporto' obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?", disponible en http://www.dirittoegiustizia.it/news/11/0000098224/Il_rapporto_obbligatorio_al_tempo_dell_isolamento_una_causa_di_justificazione.html.
- BIANCA, "La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale", en *Riv. dir. civ.*, 1983.
- CARAPEZZA FIGLIA, "Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?", en *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2020.
- CARNEVALI, "Contratti di durata e impossibilità temporanea di esecuzione", en *Contratti*, 2000.
- CIRIELLI, "Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale", en *Contr. e impr./Europa*, 1998.
- CUFFARO, "Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia", en *Giust. civ.*, No. 1, 2020.
- D'ADDA, "Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del CoViD-19: quali risposte dal sistema del diritto contrattuale", en *Nuova giur. civ. comm.*, supl. No. 3, 2020.
- D'AMICO, "L'epidemia CoViD-19 e la 'legislazione di guerra'", en *Contratti*, 2020.
- DE CRISTOFARO, "Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus CoViD-19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento", en *Nuove leggi civ. comm.*, 2020.
- DOLMETTA, "Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per 'misure di contenimento' pandemico", disponible en <https://blog>.

[ilcaso.it/news_915/23-04-20/Locazione_di_esercizio_commerciale_\(o_di_studi_professionali\)_e_riduzione_del_canone_per_%C2%ABmisure_di_contenimento%C2%BB_pandemico?https://news.ilcaso.it/?utm_source=news-letter&utm_campaign=solo%20news&utm_medium=email](https://www.ilcaso.it/news_915/23-04-20/Locazione_di_esercizio_commerciale_(o_di_studi_professionali)_e_riduzione_del_canone_per_%C2%ABmisure_di_contenimento%C2%BB_pandemico?https://news.ilcaso.it/?utm_source=news-letter&utm_campaign=solo%20news&utm_medium=email) [Artículo 915].

- DOLMETTA, "My way, For you, 'Piano visione Europa' e corte di cassazione", disponible en http://www.ilcaso.it/articoli/fin.php?id_cont=894.php
- DOLMETTA, "Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)", disponible en <http://giustiziavivile.com/obbligazioni-e-contratti/approfondimenti/il-problema-della-rinegoziazione-ai-tempi-del-coronavirus#testo-3>
- FORNASARI, "Il giudizio di meritevolezza dei prodotti finanziari my way, ovvero la valutazione della razionalità dello scambio", en *Contratto e impr.*, 2017.
- FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto – Suoi effetti reali e obbligatori*, Milán, 2013.
- FRANZONI, "Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto", en *Contr. e impr.*, 1999.
- FRIGNANI, entrada "Hardshipclause", en *Dig. disc. comm.*, VI, Turín, 1991.
- GENTILI, "Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus", en *giustiziavivile.com*, Análisis del 29 de abril de 2020.
- GENTILI, "La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto", en *Contr. e impr.*, 2003.
- GIORGIANI, entrada "Inadempimento (dir. priv.)", en *Enc. dir.*, XX, Milán, 1970.
- IRTI, "Il diritto pubblico e privato in un'epoca che fa eccezione", en *Il Sole 24 Ore*, 5 mayo 2020.
- LANZILLO, "Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale", en *Contratto e impr.*, 1985.
- MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Nápoles, 1986.
- MACARIO, entrada "Revisione e rinegoziazione del contratto", en *Enc. dir., Annali*, II, Milán, 2008.
- MACARIO, "Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di 'coronavirus'", en *giustiziavivile.com*, 17 marzo 2020.
- MOLLO, *Regole finali di interpretazione del contratto*, espec. cap. II, Padua, 2020.
- MORELLO, *Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal Codice Civile*, 27 de abril de 2020.

- NAVARRETTA, "CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema", en *Nuova giur. civ. comm.*, supl. No. 3, 2020.
- PIRAINO, "La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti", en *Contratti*, 2020.
- RATTI, *La caparra e la clausola penale tra autonomia privata e potere correttivo del giudice*, Pisa, 2020.
- ROPPO-NATOLI, *Contratto e CoViD-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, disponibile en <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-co-vid-19/1033-contratto-e-covid-19-dall-emergenza-sanitaria-all-emergenza-economica-di-vincenzo-roppo-e-roberto-natoli>
- SALANITRO, "Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea", en *Nuova giur. civ. comm.*, supl. No. 3, 2020.
- SERRAO D'AQUINO, "L'ombra del Cigno nero sui rapporti negoziali: il riequilibrio contrattuale nelle locazioni ad uso commerciale a seguito delle restrizioni per il CoViD-19", en *BioLaw Journal*, 2020.
- SIRENA, "L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di CoViD-19", en *Nuova giur. civ. comm.*, supl. No. 3, 2020.
- TIMOTEO, "Contratto e tempo – Note a margine di un libro sulla rinegoziazione contrattuale", en *Contratto e impr.*, 1998.
- TRIMARCHI, "Le 'locazioni commerciali', il CoViD-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata", en *Notariato*, 2020.
- TRIMARCHI, M., "La locazione", en Perlingieri (dir.), *Trattato dir. civ. C.N.N.*, IV, 21, Nápoles, 2013.
- TUCCARI, "Sopravvenienze e rimedi al tempo del CoViD-19", en *Jus civile*, 2020.
- ZACCHEO, "Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da CoViD-19", en *giustiziacivile.com*, 21 abril 2020.

FUENTES JURISPRUDENCIALES

- Cass., 27 abril 2011, No. 9404 y Cass., 4 mayo 2009, No. 10182, en *ItalgIure*
- Decreto-Ley No. 11, de 8 marzo 2020, *Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da CoViD-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria.* (20G00029).
- Cass., (ord.) 13 mayo 2020, No. 8894, en *Banche dati del Foro*.
- Cass., 23 abril 2020, No. 8117, en *Banche dati del Foro*.

- Cass., (ord.) 13 noviembre 2019, No. 29365, en *Banche dati del Foro*.
- Cass., Pleno, 24 septiembre 2018, No. 22437, en *Giur. it.*, 2019, con nota de DELFINI, *Le sezioni unite e le claims made: l'ultima sentenza e la Big Picture*.
- Cass., Pleno, 24 septiembre 2018, No. 22437, en *Corr. giur.*, 2019, con nota de FACCI, *Le sezioni unite e le claims made: ultimo atto?*
- Cass., 30 septiembre 2015, No. 19559, en *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, II, con nota de TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*.
- Cass., 10 noviembre 2015, No. 22950, en *Società*, 2016, con nota de COSTANZA, *For you for nothing o immeritevolezza*.
- Cass., 15 febrero 2016, No. 2900, en *Nuova giur. civ.*, 2016, con nota de VERSACI, *Giudizio di meritevolezza e violazione di regole di condotta in materia di intermediazione finanziaria*.
- Cass., 29 febrero 2016, No. 3949, en *Contratti*, 2016, con nota de BUONANNO, *Immeritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti mediante un contratto atipico di finanziamento: nullità o inefficacia?*
- Cass., 15 marzo 2018, No. 6395, en *Riv. giur. edil.*, 2018, I.
- Mantua, 11 febrero 2014, en *Foro it.*, 2014, I, c. 3003.
- Cass., 26 mayo 2020, No. 9670, en *Mass. Foro it.*, 2020.
- Cass., 16 junio 2014, No. 13651, en *Mass. Foro it.*, 2014.
- Cass., 18 septiembre 2009, No. 20106, publicada en todas las principales revistas entre las que destaca *Nuova giur. civ.*, 2010, II, con nota de SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*.
- Cass., 20 abril 1994, No. 3775, en *Giust. civ.*, 1994, I, con nota de MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*.
- Trib. Roma, (ord.) 27 agosto 2020, disponible en http://www.dirittoegiustizia.it.ezproxy.unibo.it/allegati/11/0000089079/Tribunale_di_Roma_sez_VI_Civile_ordinanza_27_agosto_2020.html
- Trib. Bari, (ord.) 14 junio 2011, en *Contratti*, 2012, con nota de PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*.

Recibido: 29/1/2021
Aprobado: 26/2/2021