

Contratos pendientes de ejecución y el COVID-19: los remedios ofrecidos por el Código Civil italiano en clave comparada

*Contracts and COVID-19:
the remedies offered by the Italian civil
Code in a comparative perspective*

por

GIOVANNA MARCHETTI
*Profesora ayudante Doctora de Derecho civil
Universidad de Padova (Italia)*

RESUMEN: El trabajo se ocupa de la problemática de las alteraciones sobrevenidas causadas por el COVID-19 en los contratos. Compara los sistemas jurídicos italiano y español y el Derecho contractual europeo. En la primera y segunda parte, cuestiona si los remedios generales de imposibilidad de cumplimiento y excesiva onerosidad son útiles y eficaces. En la última parte, se aborda la renegociación del contrato. El estudio analiza si este remedio es aplicable en Italia y España, donde los Códigos Civiles no prevén la obligación de renegociar el contrato, y aborda su eficacia para los desafíos que plantea la pandemia y, en general, para las circunstancias imprevisibles y sobrevenidas.

ABSTRACT: The essay deals with the problem of unforeseen circumstances caused by COVID-19 in contracts. It compares the Italian and Spanish

legal systems and European contract law. In the first and second part, the author questions if general remedies of impossibility of performance and excessive onerousness are useful and effective. In the last part the author deals with the renegotiation of the contract. The essay analyses if the remedy is applicable in Italy and Spain, where no obligation to renegotiate the contract is provided by Civil Codes, and deals with the effectiveness of this remedy for the challenges of the pandemic and in general for unforeseen circumstances.

PALABRAS CLAVE: Contratos. Excesiva onerosidad. Derecho comparado. Renegociación.

KEY WORDS: Contracts. Hardship. Comparative law. Renegotiation.

SUMARIO: I. COVID-19 Y CONTRATOS PENDIENTES DE EJECUCIÓN: EL INTERÉS QUE PRESENTA EL DERECHO ITALIANO PARA ESPAÑA.—II. LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA NO IMPUTABLE DE LA PRESTACIÓN: ASPECTOS PROBLEMÁTICOS Y UTILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DEL REMEDIO EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ITALIANAS. 1. EL PROBLEMA DE LAS OBLIGACIONES PECUNIARIAS. —III. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE LA FIGURA ITALIANA DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVENIDA Y LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* ESPAÑOLA: 1. LA EXCESIVA ONEROSIDAD ANTE LAS CONSECUENCIAS DE COVID: LAS RAZONES DE LA LIMITADA UTILIDAD DEL REMEDIO.—IV. EL DEBER DE RENEGOCIACIÓN EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ITALIANAS: 1. EL REAL DILEMA: EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE RENEGOCIACIÓN Y LA UTILIDAD DEL REMEDIO PARA LAS CONSECUENCIAS DE COVID-19.—V. CONCLUSIONES.—VI. RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. COVID-19 Y CONTRATOS PENDIENTES DE EJECUCIÓN: EL INTERÉS QUE PRESENTA EL DERECHO ITALIANO PARA ESPAÑA

Hace ya dos años que la pandemia provocada por el COVID-19 irrumpió en nuestras vidas. En Italia, la situación ha sido dramática desde el principio y la emergencia sanitaria, económica y social, aunque mitigada, aún no nos abandona.

Durante estos años, todos los sectores se han enfrentado a una cuestión que requiere una respuesta urgente: ¿tenemos los remedios necesarios y suficientes para hacer frente a las consecuencias de la crisis provocada por la pandemia?

Todos los sistemas jurídicos mundiales han quedado lógicamente afectados igualmente por esta crisis sanitaria global¹. En efecto, la pandemia ha golpeado el corazón del sistema sanitario y económico italiano y, en particular, ha tenido y continúa teniendo un fuerte impacto en los contratos pendientes de ejecución. Las medidas destinadas a contener el contagio adoptadas por el Gobierno impusieron restricciones a la circulación de personas, y llevaron al cierre total, durante casi dos meses, de todas las actividades comerciales, salvo aquellas destinadas a la producción y el suministro de bienes y servicios esenciales. Por lo tanto, es inevitable que el desastre económico tenga consecuencias sobre la suerte de los contratos en curso y sobre la regular ejecución de la relación contractual.

En Italia, en lo que respecta particularmente a los arrendamientos comerciales —uno de los sectores que más ha pagado el precio de la tragedia sanitaria y económica que estamos viviendo—, los tribunales han debido ocuparse del problema de la vigencia de la obligación de pagar la renta por parte del arrendatario que no ha podido, y que aún, a veces, no puede, disfrutar del inmueble arrendado para desarrollar la finalidad comercial a la que estaba destinado².

Después dos años de la pandemia, que aún no se detiene, la pregunta que los juristas italianos se hacen desde el inicio de COVID-19 sigue siendo de actualidad: ¿el Código Civil italiano tiene los «anticuerpos»³ necesarios para responder a esta situación de emergencia e impedir que se inicien contiendas judiciales interminables para gestionar estas contingencias sobrevinidas en los contratos?

Intentaré responder a esta pregunta remitiéndome a las normas generales previstas en el Código Civil italiano para la gestión de las alteraciones contractuales por causas sobrevenidas y no, en cambio, a las normas introducidas por la denominada «legislación de emergencia» por dos motivos diferentes. En primer lugar, desde que el Consejo de Ministros, el 31 de enero de 2020, declarara el estado de emergencia por la epidemia del coronavirus, las disposiciones específicas que se han ido dictando, presentan un ámbito de aplicación limitado a ciertas tipologías contractuales, no pudiéndose, en consecuencia, aplicar con carácter general⁴. Asimismo, en el panorama italiano el problema de la gestión de las alteraciones por causas sobrevenidas se discutía mucho antes del inicio de la pandemia. La emergencia de COVID-19 no ha hecho más que reavivar el foco de atención sobre el tema, dejando claro que una respuesta eficaz no puede

esperar más. De ahí la utilidad de cuestionar la eficacia y la razonabilidad del marco normativo contenido en el Código para la gestión de las contingencias sobrevenidas y extraordinarias⁵, sobre todo ante los retos presentados por el COVID-19.

Llegados a este punto, el lector se preguntará: ¿cuáles son las razones que justifican el interés para el Derecho español del estudio acerca de la idoneidad de los remedios previstos en el Código Civil italiano para hacer frente a las consecuencias de COVID-19 en los contratos pendientes de ejecución y, en general, a las alteraciones por causas sobrevenidas? Pues bien, el Código Civil italiano parece ofrecer unos remedios más eficaces, aunque solo sea porque, a diferencia del Código Civil español, regula de forma positiva, tanto la imposibilidad sobrevenida no imputable de la prestación, cuanto la excesiva onerosidad sobrevenida⁶.

En realidad, desde una perspectiva práctica, no hay grandes diferencias entre ambos ordenamientos, ya que la jurisprudencia española conoce y aplica la cláusula *rebus sic stantibus* desde antiguo y la doctrina siempre se ha cuestionado (en estos tiempos de pandemia ha resurgido lógicamente el debate) la conveniencia de introducir la norma en el régimen jurídico de las obligaciones⁷. Desde esta perspectiva, es interesante para los operadores españoles la verificación de la utilidad del remedio de la excesiva onerosidad sobrevenida que prevé el Código Civil italiano para hacer frente a las consecuencias de COVID-19 y en general a los eventos sobrevenidos.

También es útil el debate impulsado desde hace tiempo por la doctrina italiana sobre la existencia de una obligación de renegociar el contrato. En el ordenamiento jurídico italiano no existe ninguna norma que imponga a las partes la obligación de renegociar el contrato en caso de contingencias excepcionales⁸.

Parte de la doctrina ha avalado desde los años noventa la idea de que, antes de llegar a la resolución del contrato, consecuencia de los efectos perjudiciales de las alteraciones sobrevenidas, el ordenamiento debe favorecer soluciones tendentes a conservar el vínculo contractual, mediante un reajuste del contrato que puede surgir, bien de la renegociación entre las partes, o, subsidiariamente, del pronunciamiento del juez, quien tiene la facultad de valorar si la modificación del entramado de obligaciones acordado por las partes es practicable, o si deba decretarse inexorablemente la resolución del contrato⁹.

La tesis se basa en una relectura de la disciplina de la excesiva onerosidad que, como veremos, en el artículo 1467, párr. 3, del Código Civil italiano, permite a la parte no afectada por la alteración a evitar la resolución mediante la oferta de modificación justa del contrato y en la obligación de buena fe en el cumplimiento de la cual derivan una serie de obligaciones colaterales, como, por ejemplo, las de información y cooperación, entre las que figuraría precisamente también la obligación de renegociación¹⁰.

Una solución de este tipo no es excéntrica en el contexto español: el Código Civil tampoco prevé la obligación de renegociar, pero su base puede identificarse sin dificultad en el principio de buena fe contractual previsto en el artículo 1258 del Código Civil español siguiendo un camino similar al propuesto por la doctrina italiana¹¹.

El segundo párrafo del artículo 13 de los Principios ELI para la crisis de COVID-19 también se refiere a la buena fe y establece que si, como resultado de la crisis provocada por el COVID-19 y las medidas adoptadas durante la pandemia, el cumplimiento de las obligaciones se ha vuelto excesivamente difícil y/u onerosa, los Estados deberían garantizar que, de conformidad con el principio de buena fe, las partes emprendan renegociaciones, aunque esta opción no se halle contemplada en el contrato o en la legislación vigente¹².

Una sugerencia que es válida, por tanto, para Italia y España. Pero la pregunta verdaderamente relevante, a mi juicio, es otra: suponiendo que, si la prestación deviene excesivamente onerosa, la buena fe impone a las partes la obligación de renegociar, ¿quedan con ello realmente resueltos todos los problemas? ¿O quizás el aspecto más controvertido y delicado sea no tanto determinar el fundamento de esta obligación, sino más bien su funcionamiento?

En el presente trabajo se intentará dar respuesta a esta y otras cuestiones, tratando de ofrecer a los estudiosos y profesionales españoles una visión de síntesis de la disciplina prevista por el Código Civil italiano para la gestión de las alteraciones sobrevenidas de las relaciones contractuales, así como una valoración de su eficacia y razonabilidad ante los retos del COVID-19.

II. LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA NO IMPUTABLE DE LA PRESTACIÓN: ASPECTOS PROBLEMÁTICOS Y UTILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DEL REMEDIO EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ITALIANAS

Para analizar los problemas abiertos sobre el terreno de los contratos por COVID-19, es útil aislar los dos momentos que han marcado el desarrollo de la pandemia desde sus inicios hasta hoy.

Las diversas fases de *lockdown*, caracterizadas por el impedimento de las actividades comerciales, por el bloqueo de la circulación de personas, bienes y servicios, ha llevado, en particular, a la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable a las partes.

De modo similar a lo dispuesto en los artículos 1182 a 1186 del Código Civil español, la institución se regula en los artículos 1256 y sigs. del Código Civil italiano como causa de extinción de las obligaciones. La imposibilidad sobrevenida es también una de las causas de resolución de

los contratos a título oneroso, según los artículos 1463 y siguientes del Código Civil italiano.

El periodo posterior al *lockdown*, caracterizado por la reanudación parcial de la actividad, acompañada de los gastos necesarios para garantizar el cumplimiento de las medidas sanitarias y, en especial para algunos sectores, por una drástica reducción de los ingresos, ha desembocado en la figura de la excesiva onerosidad sobrevenida. Esta figura está regulada en el Código Civil italiano en los artículos 1467 y sigs.

Comencemos con el análisis de la imposibilidad sobrevenida no imputable de la prestación¹³.

Según lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil italiano, la obligación se extingue si la prestación deviene imposible por causas no imputables al deudor. En los contratos a título oneroso, según el artículo 1463 del Código Civil italiano, la parte liberada por la imposibilidad de cumplimiento no puede pedir la contraprestación y debe devolver lo recibido. La consecuencia de la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento es, por tanto, la extinción de la relación contractual. En efecto, ninguna norma establece que el contrato se resuelva una vez que la ejecución contractual se ha vuelto imposible, pero esto se desprende del hecho de que las normas sobre la imposibilidad contingente están contenidas en el Código Civil italiano, en el capítulo XIV sobre la resolución del contrato¹⁴.

Para la aplicación de este remedio, la jurisprudencia considera necesario la concurrencia de algunos requisitos: 1) se necesita que los hechos que causen la imposibilidad de la prestación sean ajenos a la voluntad del obligado; 2) que esos hechos no sean razonablemente predecibles, conforme a una diligencia media, en el momento de la asunción de la obligación; 3) que el deudor haya agotado todas las posibilidades para tratar de cumplir regularmente¹⁵.

La emergencia epidemiológica derivada del COVID-19 es, sin duda, una causa de imposibilidad sobrevenida de la prestación. La pandemia puede constituir, según los casos, una imposibilidad *de facto* (pensemos en el artesano que tiene que realizar un trabajo de reparación y se encuentra hospitalizado por haber contraído el virus o en cuarentena) o una imposibilidad por *factum principis*, es decir, una forma de imposibilidad, consecuencia de las medidas del Gobierno por las que se prohíbe el ejercicio de actividades no esenciales, y limita la libre circulación de bienes y personas¹⁶.

Es importante destacar que lo expuesto se aplica a los contratos concluidos antes de la pandemia y en curso de ejecución en el momento de su aparición, y no a los contratos destinados a ser concluidos y ejecutados después del inicio de la epidemia. La razón de ello radica en que el COVID-19, una vez manifestado, ha perdido el carácter de imprevisible que, como hemos visto, constituye un requisito necesario para la imposibilidad sobrevenida de la prestación.

La disciplina dictada por el Código Civil italiano sobre la imposibilidad sobrevenida tiene, no obstante, una utilidad limitada con respecto a algunos de los problemas planteados por la pandemia.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que no pocas veces, la pandemia no se ha traducido en una imposibilidad definitiva, sino solo en una imposibilidad temporal.

Según la disciplina prevista en el artículo 1256 del Código Civil italiano, se exime al deudor de su responsabilidad por el retraso en el cumplimiento, a menos que ya no se pueda considerar al deudor como obligado a cumplir, o el acreedor no tenga más interés en recibir la prestación, en cuyo caso el contrato se extingue¹⁷.

En caso de imposibilidad temporal de una de las prestaciones, la cuestión principal se refiere a la suerte de la contraprestación no impedida por las medidas de restricción: nos debemos preguntar si mientras perdura la imposibilidad temporal de llevar a cabo una de las prestaciones, la otra parte debe o no cumplir con la suya.

La disciplina de las obligaciones y la de la imposibilidad sobrevenida en los contratos no ofrece una indicación explícita al respecto, ni tampoco la denominada legislación de emergencia. El artículo 91 del Decreto Ley número 18 de 2020, de alcance general¹⁸, ha introducido el párrafo 6 bis al artículo 3 del Decreto Ley número 6 de 2020 COVID-19, donde está previsto que el respeto de las medidas de contención, es siempre causa de exclusión de la responsabilidad del deudor, en virtud de los artículos 1218 y 1223 del Código Civil italiano, por incumplimiento o retraso en el cumplimiento¹⁹. No se dice, sin embargo, si el acreedor privado de acción contra el deudor, puede o no suspender el cumplimiento de la prestación.

Aceptado que no parece justo, ni responde al canon de buena fe, cargar enteramente al acreedor las consecuencias económicas de la pandemia, se puede responder al interrogante propuesto en términos positivos, reconociendo al acreedor la posibilidad de oponer la excepción de incumplimiento regulada en el artículo 1460 del Código Civil italiano²⁰, y suspender la ejecución de su prestación, a pesar de que las dos situaciones no sean perfectamente superponibles en lo que hace a la finalidad perseguida y los presupuestos exigidos²¹.

Parte de la doctrina sostiene, en cambio, que es preferible prever un «congelamiento legal de la relación contractual», es decir, un «*estado de suspensión bilateral de la relación contractual, que perdure durante todo el estado de alarma*» como efecto indirecto de la inmunidad del deudor, pre vista por el legislador a través de la disposición del artículo 91 del Decreto Ley número 18 de 2020²².

Una vez más, ninguna de las normas del Código Civil italiano regula la eventualidad en la que exista, no una imposibilidad para el deudor de

cumplir su prestación, sino, por el contrario, una imposibilidad sobrevenida, no imputable al acreedor, de disfrutar aquél de la contraprestación debida por este, en todo o en parte, según el tipo de uso que *ex fide bona* da sentido al contrato.

La jurisprudencia, desde antiguo, ha equiparado la imposibilidad de prestar a la imposibilidad de utilizar la contraprestación, y ha reconocido la aplicabilidad de las normas sobre imposibilidad sobrevenida. Frente a la imposibilidad de beneficiarse de la contraprestación opera, por lo tanto, la resolución del contrato o, si se verifica una imposibilidad solamente parcial, la parte que lo sufre puede pedir una reducción de la prestación que está obligada a cumplir (art. 1464 CC italiano)²³.

Concebido así el remedio de la imposibilidad parcial de disfrutar de la prestación, puede resultar útil en relación con determinados casos durante la fase de *lockdown* y, en particular, para los arrendamientos de bienes inmuebles destinados a uso comercial²⁴, especialmente allí donde se coordinan la norma sobre la imposibilidad parcial de la prestación (art. 1464 CC italiano) y sobre la imposibilidad temporal (art. 1256 CC). La interpretación sistemática de estas normas permite conseguir el resultado de una reducción temporal de la renta debida, que cesará cuando el disfrute de la prestación vuelva a ser posible²⁵.

Es posible afirmar, y la solución ha sido avalada por una parte de la jurisprudencia²⁶, que el arrendatario de un contrato de arrendamiento de un inmueble para uso comercial, que no haya podido desarrollar su actividad a causa de las medidas restrictivas del Gobierno, que han obligado al cierre de los negocios, se ha encontrado en una situación de imposibilidad temporal de disfrutar al menos en parte de la prestación correspondiente al arrendador (la puesta a disposición del inmueble para ejercitarse la actividad comercial). Es cierto que el arrendatario ha continuado teniendo el inmueble a su disposición, pero es evidente que no ha podido utilizar el inmueble al menos en parte para la finalidad con la que el contrato de arrendamiento se celebró. La aplicación conjunta de los artículos 1256 y 1464 del Código Civil italiano ha permitido al Tribunal de Roma llevar a cabo una reducción del alquiler en un 70%, para los dos meses del bloqueo total de la actividad de venta, debido al cierre del centro comercial arrendado²⁷.

1. EL PROBLEMA DE LAS OBLIGACIONES PECUNIARIAS

Especialmente delicado es el problema de la exigibilidad de las obligaciones pecuniarias, que surgió en ambas fases de *lockdwond* y *postlockdown*.

A este respecto, lo primero que debe aclararse es que, en sentido estricto, la prestación de una suma de dinero no se hace imposible (*genus non perit*).

De ahí la inaplicabilidad de la regulación sobre la imposibilidad²⁸. A la luz de la pandemia de COVID-19, esto ha sido reafirmado por la jurisprudencia. En cuanto a la renta, se ha excluido que la obligación de pagar la renta se haga imposible como consecuencia de la pandemia y de las medidas restrictivas adoptadas por el Gobierno, dada la naturaleza de bien fungible del dinero. Ni siquiera los impagos atribuibles a condiciones subjetivas del obligado, como su incapacidad de pago, pueden considerarse relevantes a efectos de imposibilidad sobrevenida²⁹.

Sobre la base de lo anterior, cabe preguntarse si, al menos en algunos supuestos, es posible excluir, temporal o parcialmente, la exigibilidad de la prestación con base en los cánones de buena fe y equidad³⁰. Pensemos en el caso de un contrato de arrendamiento habitacional en el que el arrendatario, durante las fases más agudas de la pandemia, ha encontrado enormes dificultades para pagar el alquiler debido a la drástica reducción de sus ingresos económicos.

En situaciones similares a estas, se podría, a través de una evaluación realizada caso por caso, invocar la aplicación de la regla general de buena fe y la exactitud en el cumplimiento de las obligaciones (art. 1175 CC italiano) y en la ejecución de los contratos (art. 1375 CC italiano), para afirmar que la prestación es temporal y/o parcialmente inexigible por razones de objetiva dificultad de cumplimiento³¹. Aunque una solución de este tipo debe manejarse con cuidado, no pudiendo traducirse *sic et simpliciter* en el traslado de las consecuencias perjudiciales de la pandemia de una parte contratante a otra, no parece excéntrica en el escenario actual, especialmente en razón de la difusa valoración de la cláusula general de buena fe como instrumento que permite restablecer el equilibrio contractual afectado por la pandemia³².

Igualmente útil, si no más, es la vía de la renegociación del contrato por las partes contratantes, de manera que, aún permaneciendo la exigibilidad de la prestación pecuniaria debida, venga a ser restablecido el equilibrio contractual, afectado por la alteraciones sobrevenidas, y las consecuencias financieras perjudiciales no sean soportadas en su totalidad por una sola de las partes contratantes. En cualquier caso, la renegociación será objeto de análisis detallado más adelante.

III. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE LA FIGURA ITALIANA DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVENIDA Y LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* ESPAÑOLA

La pandemia y, en particular, la alternancia entre fases de *lockdown* y reaperturas caracterizadas por una reducción parcial de las actividades y, en

especial para algunos sectores, por una drástica reducción de los ingresos, ha desembocado en la figura de la excesiva onerosidad sobrevenida.

Se trata de un escenario en el que también se ven implicados los contratos cuya ejecución no se vio impedida en modo alguno durante la fase de *lock-down*, pero la pandemia y las medidas de contención afectaron negativamente a la ejecución de una de las partes y la hicieron excesivamente onerosa.

El artículo 1467 del Código Civil italiano establece que los contratos con contraprestaciones de ejecución continua o periódica o de ejecución diferida pueden ser resueltos si la prestación de una de las partes deviene excesivamente onerosa debido a la ocurrencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles³³. La excesiva onerosidad afecta tanto a los contratos de trato sucesivo como, en general, a los contratos que prevén un cierto lapso de tiempo entre su perfección y ejecución³⁴.

Los remedios contra la onerosidad excesiva sobrevenida solo operan si se dan las siguientes condiciones: 1) el cumplimiento de al menos una de las dos prestaciones debe ser diferido con respecto a la celebración del contrato; 2) la prestación no debe haber concluido aún cuando se vea afectada por la onerosidad; 3) la onerosidad debe ser excesiva, es decir, no debe entrar dentro del riesgo normal del contrato (en italiano «alea normale»); 4) la onerosidad depende de la ocurrencia de hechos sobrevenidos, extraordinarios e imprevisibles.

La doctrina ha afirmado que la reconstrucción de la *ratio* del remedio oscila entre una concepción subjetiva que ve su fundamento en la voluntad presunta o implícita de las partes de condicionar la estabilidad del compromiso a la estabilidad del contexto en el que se ejecuta, y una concepción objetiva, según la cual el remedio opera contra un defecto de la causa, alterado por el desequilibrio que la excesiva onerosidad produce entre la prestación y la contraprestación³⁵.

Una vía argumentativa análoga también ha sido seguida por la doctrina española, aunque, como se ha dicho, el código civil español no regula este instituto.

Se debe a la jurisprudencia del Tribunal Supremo la creación de la figura similar de la cláusula *rebus sic stantibus*, así como la identificación de las condiciones para su funcionamiento y los remedios aplicables³⁶.

La doctrina española no solo ha contribuido a este proceso de creación de la figura, sino que ha cuestionado el fundamento de la cláusula *rebus sic stantibus*³⁷. Según las doctrinas subjetivistas, el fundamento de la cláusula debe encontrarse en la voluntad implícita de las partes de incluir en el contrato una cláusula que lo haga depender del mantenimiento de las circunstancias existentes en el momento de su conclusión. Por el contrario, las teorías objetivistas ligan la cláusula *rebus sic stantibus* al principio de buena fe y al fallo sobrevenido de la causa del negocio³⁸.

Concretamente, el fundamento de la cláusula *rebus sic stantibus* ha sido identificado por esta segunda doctrina en la causa concreta, entendida como el «propósito práctico conocido y aceptado implícitamente por las partes, conforme a la naturaleza y circunstancias concretas de cada negocio»³⁹. Esta tesis se basa en la suposición, que se puede corroborar, de que la relevancia de la causa como instrumento de control de la autonomía privada no se limita a la fase de creación del vínculo, sino que se extiende también a la fase posterior⁴⁰. También los requisitos de la regla *rebus sic stantibus* son sustancialmente similares a los aplicados en el contexto italiano. Para la operatividad de esta figura se requiere: que la relación obligacional sea de cierta duración y en curso de ejecución; que la excesiva onerosidad del contrato se produzca y su finalidad sea irrealizable; que la excesiva onerosidad se deba a eventos sobrevenidos, extraordinarios e imprevisibles en el momento de la estipulación del contrato⁴¹.

En el Derecho italiano y español, la excesiva onerosidad relevante puede consistir bien en un aumento del coste de la prestación debida (la doctrina italiana habla de excesiva onerosidad directa) o bien en una disminución del valor o *utilitas* de la contraprestación (la doctrina italiana habla en estos casos de excesiva onerosidad indirecta)⁴².

1. LA EXCESIVA ONEROSIDAD ANTE LAS CONSECUENCIAS DE COVID: LAS RAZONES DE LA LIMITADA UTILIDAD DEL REMEDIO

Con respecto a los contratos en curso de ejecución, la pandemia y las medidas de contención correspondientes pueden hacer que la prestación sea excesivamente onerosa.

Como resultado de las medidas restrictivas establecidas por el Gobierno y del cumplimiento de determinadas medidas de seguridad, en muchos casos se han verificado un aumento de los costes de la prestación debida.

En otras situaciones, en cambio, se puede producirse una disminución del valor de la contraprestación.

Se puede cuestionar si esta situación se produce como resultado de la pandemia en detrimento de un arrendatario de un inmueble arrendado con fines comerciales.

La prestación debida por el arrendatario no se ha convertido en sí misma en excesivamente onerosa, siendo nominalmente inalterada y de valor inalterado. Al contrario, se plantea la cuestión de si lo que ha disminuido es el valor de la prestación del arrendador, lo que puede socavar el equilibrio original entre las prestaciones «pago de la renta-disfrute del inmueble» y puede justificar, por tanto, la aplicación de los remedios previstos en el panorama italiano por el artículo 1467 del Código Civil italiano y la cláusula *rebus sic stantibus* en el ámbito español.

La pregunta parece tener que ser respondida en términos negativos⁽⁴³⁾, ya que, como se ha dicho, hay una reducción temporal del disfrute que el arrendatario puede obtener del contrato, y, por lo tanto, un «cambio cualitativo» pero no cuantitativo en la prestación del arrendador⁴⁴.

En cualquier caso, incluso asumiendo la posibilidad de aplicar el recurso en cuestión, hay que observar la diferencia de resultados con respecto a la solución ofrecida por una parte de la doctrina y jurisprudencia italiana anteriormente ilustrada. Mediante la aplicación conjunta de las normas sobre la imposibilidad parcial de cumplimiento (art. 1464 del Código Civil italiano) y sobre la imposibilidad temporal (art. 1256 del Código Civil italiano), se reconoció el derecho del arrendatario de un contrato de arrendamiento comercial, que no podía llevar a cabo su actividad debido a las medidas restrictivas del gobierno y que se encontraba sin poder disfrutar durante cierto tiempo de algunas de las utilidades derivadas del contrato, a obtener una reducción temporal de la renta⁴⁵.

Si el caso se enmarca en el ámbito de la excesiva onerosidad indirecta sobrevenida, según la legislación italiana el arrendatario no tiene derecho a solicitar una reducción de la renta.

El artículo 1467 del Código Civil italiano permite a la parte que sufre la excesiva onerosidad exigir la resolución del contrato, pero no su modificación, que puede tener lugar si la parte contra la que se pide la resolución ofrece volver a la equidad (véanse los párrafos primero y tercero del art. 1467).

En consecuencia, si el caso entra en el ámbito de la excesiva onerosidad, el arrendatario perjudicado por el sobreprecio indirecto solo puede demandar la resolución del contrato, ni su contenido puede ser modificado por el juez⁴⁶. El arrendador puede evitar la resolución ofreciéndose a renegociar las condiciones del contrato conforme al principio de equidad, pero no está obligado a hacerlo⁴⁷.

El arrendatario se encuentra a merced de la decisión del arrendador, decisión que no puede rechazar, ya que es el juez quien valora la equidad de la oferta y la vuelta a la equidad pone fin a la única razón por la que el ordenamiento jurídico reconoce el derecho a obtener la resolución del contrato.

Esta solución sacrifica el interés de la parte afectada en la continuación de la relación y es precisamente el carácter caduco del remedio previsto en el artículo 1467 del Código Civil uno de los puntos débiles de la disciplina italiana de excesiva onerosidad ante las consecuencias del COVID-19.

En cambio, según la reconstrucción de la jurisprudencia española de la cláusula *rebus sic stantibus*, su aplicación da lugar a una modificación del contrato y solo en última instancia a su resolución⁴⁸.

Desde el punto de vista de los remedios, la jurisprudencia española se acerca más que la italiana al Derecho contractual europeo, en el que el *Draft*

Common Frame of Reference (art. III-1:110) y los *Principles of European Contract law* (art. 6:111) muestran una preferencia por las soluciones modificadoras en lugar de las demoledoras en caso de que el cumplimiento sea excesivamente oneroso. Lo mismo ocurre con los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (véanse los arts. 6.2.2 y 6.2.3).

Se volverá sobre este punto seguidamente. En primer lugar, queremos destacar otros aspectos críticos de las normas italianas sobre la superación de la excesiva onerosidad con respecto a los desafíos impuestos por el COVID-19.

De acuerdo con el artículo 1467 del Código Civil italiano, la onerosidad contingente solo es relevante si es excesiva y la ley identifica el umbral a partir del cual la onerosidad se vuelve excesiva en el riesgo normal del contrato. Tal es el tipo y «*la medida del riesgo que la parte asume implícitamente con el contrato*»⁴⁹.

Por lo tanto, el remedio no puede aplicarse a los servicios que se ven dificultados por la actual situación de pandemia, que por razones relacionadas con la desaceleración del comercio y los suministros, así como las variaciones de los costes inducidas por la emergencia sanitaria, resultan *más onerosos* pero *no excesivos* en el sentido del artículo 1467 del Código Civil italiano⁵⁰.

Para que exista una excesiva onerosidad en el sentido del artículo 1467 del Código Civil italiano, es necesario que se verifique una «explosión objetiva del valor y un aumento del coste de la prestación a realizar» o una disminución, igualmente de peso, del valor de la prestación a recibir en el mercado⁵¹.

Se trata de requisitos estrictos, interpretados de forma restrictiva por la jurisprudencia italiana, que restringen el ámbito de aplicación del remedio. Si en tiempos de «normalidad» esto trae causa de que la excesiva onerosidad sobrevenida constituye una derogación de los principios *pacta sunt servanda* y la fuerza de la ley del contrato, debe cuestionarse si tiene sentido que deba aplicarse de la misma forma en tiempos de pandemia.

¿Cuál es entonces la respuesta a la pregunta de si la excesiva onerosidad es una cura eficaz para los contratos afectados por el COVID-19? La respuesta es que solo es parcialmente útil, y ello por varias razones.

Un primer límite a su utilidad lo constituye la rigidez de los presupuestos aplicativos del artículo 1467 del Código Civil italiano.

Una segunda limitación se debe al hecho de que según la disciplina prevista en el artículo 1467 del Código Civil italiano, la consecuencia de la excesiva onerosidad es la resolución, sin perjuicio del derecho del contratante contra el que se solicita la resolución a restablecer el contrato en equidad. Esta crítica no puede hacerse a la cláusula *rebus sic stantibus* tal y como la ha modelado la jurisprudencia española y a la disciplina sobre el cambio de circunstancias de cuño europeo e internacional: en ambos casos se prefieren las soluciones que mantienen la relación y modifican el contrato.

Sin embargo, existe una limitación común de estos instrumentos, especialmente en tiempos de pandemia: la parte perjudicada por la onerosidad excesiva que le supone el mantenimiento del contrato no tiene derecho a suspender el cumplimiento de su obligación. Tal es el caso igualmente de los Principios UNIDROIT (véase el art. 6.2.3). El artículo 1467 del Código Civil italiano no dice nada al respecto, pero la doctrina italiana lo excluye y la española también⁵².

IV. EL DEBER DE RENEGOCIACIÓN EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ITALIANAS

En el ordenamiento jurídico italiano y español no existe ninguna norma que imponga a las partes la obligación de renegociar el contrato en caso del acaecimiento sobrevenido de contingencias excepcionales.

La ausencia de una obligación de renegociar en el articulado del Código Civil italiano y español, marca la distancia de los ordenamientos jurídicos con respecto a otros sistemas, como, por ejemplo, el alemán, (véase el § 313 del BGB), el francés (véase el art. 1195 CC) y el argentino (véase el art. 1091 CC y *comercial de la nación*), así como con respecto al Derecho contractual europeo, en el que los principales textos de *soft law* prevén el derecho de la parte perjudicada por la causa sobrevenida, a solicitar la renegociación del contrato⁵³.

Los Principios UNIDROIT de los contratos comerciales internacionales también prevén que cuando se produzca una situación de excesiva onerosidad, la parte desfavorecida tendrá derecho a solicitar una renegociación (véase el artículo 6.2.3)⁵⁴. En caso de que no se llegue a un acuerdo entre las partes, cualquiera de ellas puede dirigirse al tribunal, que está facultado para resolver o modificar el contrato con el fin de restablecer su equilibrio original. Es útil subrayar en este momento, aunque esta cuestión se retomará más adelante, que según el artículo 6.2.3 de UNIDROIT la solicitud de renegociación no da a la parte desfavorecida el derecho a suspender el cumplimiento.

El Código Civil italiano no ignora remedios correctivos del desequilibrio generado en el desarrollo de la relación por circunstancias imprevistas sobrevenidos, y contiene algunas normas que prevén la posibilidad de hacer una corrección o una modificación del contrato al producirse una contingencia. Piénsese, por ejemplo, en el artículo 1664 del Código Civil italiano, que en materia de contrato obras y servicios, prevé el derecho del contratista y del cliente a revisar el precio si se ha producido un aumento o una disminución del costo de los materiales o de la mano de obra.

De la misma forma, el artículo 1467 del Código Civil italiano, relativo a la excesiva onerosidad sobrevenida, prevé que se evitará la resolución si la parte demandada ofrece modificar el contrato conforme a la equidad.

De modo que no existen obstáculos, en principio, contra la posibilidad de que el contrato no se resuelva, sino que se modifique.

A faltar de una norma que lo prevea expresamente, la existencia de la obligación de renegociar el contrato es discutida y sigue siendo excluida por una parte de la doctrina italiana⁵⁵.

Ya antes de la emergencia acaecida por el COVID-19, el legislador italiano no ignoraba la necesidad de intervenir en este asunto. El proyecto de ley número 1151 de marzo de 2019 elaborado por el Senado, que contiene la «delegación al Gobierno para la revisión del Código Civil», enunciaba el objetivo de prever el «derecho de las partes en los contratos que se hayan vuelto excesivamente onerosos por causas excepcionales e imprevisibles, a exigir la renegociación de buena fe o, en caso de falta de acuerdo, a solicitar ante los tribunales la adaptación de los términos contractuales, a fin de restablecer el equilibrio entre las prestaciones originalmente acordadas por las partes»⁵⁶.

La dramática emergencia sanitaria, económica y política que caracteriza el momento que estamos viviendo, hace pensar que difícilmente podrá realizarse la revisión del Código en un espacio breve de tiempo; tampoco la legislación de emergencia que ha sido adoptada estos meses en Italia, contempla, para las partes de los contratos afectados por los efectos del COVID-19, una obligación de renegociación. Sin embargo, cabe señalar que, mediante el uso de diferentes instrumentos, en algunos casos peculiares, se puede apreciar la tendencia del legislador a evitar la resolución del contrato, y optar, preferentemente, por la conservación de la relación contractual modificada⁵⁷.

En este contexto, los juristas italianos están debatiendo la conveniencia de que el legislador intervenga rápidamente, para modificar, en materia de causas sobrevenidas, la regulación general contenida en los artículos 1463 y 1467 y sigs., sugiriendo la introducción de un nuevo artículo 1468 bis, que previera la obligación de las partes de renegociar el contrato⁵⁸. Otra parte de la doctrina es, sin embargo, más cautelosa y ha señalado que la introducción de la obligación de renegociar, no es una medida decisiva para contrarrestar las consecuencias de la pandemia en los contratos en curso, sobre todo porque en países donde existe esta obligación, como Francia, ha sido también necesario adoptar una legislación de emergencia⁵⁹.

Volveremos en seguidamente sobre la utilidad de la renegociación en tiempos de pandemia.

En primer lugar, hay que preguntarse si, en ausencia de una norma del Código Civil que regule esta institución, sea posible afirmar que en el sistema italiano las partes están gravadas por una obligación de renegociación.

Como ya se ha mencionado, parte de la doctrina italiana responde a esta cuestión en términos positivos y tras el estallido de la pandemia también cier-

ta jurisprudencia se ha expresado en sentido favorable. Podemos comprobar, por ejemplo, en las decisiones de algunos tribunales, que la crisis económica provocada por la pandemia del COVID-19 y el consiguiente cierre forzoso de actividades comerciales debe calificarse como una contingencia en el contexto fáctico y jurídico «que impone, sobre la base de la cláusula general de buena fe y equidad, la obligación de las partes de renegociar para alcanzar un nuevo acuerdo dirigido a restablecer el equilibrio del contrato dentro de los límites del riesgo normal»⁶⁰. La doctrina ha llegado a este resultado, mucho antes del inicio de la pandemia, a través de la reinterpretación del artículo 1467. 3.^º del Código Civil italiano sobre la oferta de modificación del contrato con base en la equidad por parte del contratante no afectado por la contingencia y la cláusula general de buena fe⁶¹.

El Código Civil italiano prevé en su artículo 1375 que «el contrato debe ser ejecutado de buena fe». De la buena fe se derivan una serie de obligaciones colaterales, como las de información y colaboración, y es precisamente la buena fe que debe presidir el cumplimiento del contrato la que obliga a las partes a tener en cuenta las contingencias que alteran el equilibrio contractual inicialmente pactado y a modificar el contenido del contrato para restablecer el equilibrio alterado.

La tesis ha sido propuesta también tras el estallido de la pandemia del COVID-19 y se ha subrayado la idoneidad de las cláusulas generales de equidad y buena fe (en virtud de los artículos 1175 y 1375 del Código Civil italiano), así como de los principios constitucionales, donde se incluye la solidaridad social prevista en el artículo 2 de la Constitución italiana, para fundamentar la obligación de renegociación, especialmente en un escenario dramático como el que estamos viviendo⁶².

Estamos de acuerdo con el refuerzo de la cláusula general de buena fe, y está bien conciliada con el redescubrimiento en Italia —y no solo— de la función integradora de la buena fe objetiva, de la cual, no cabe duda, nacen para las partes contratantes obligaciones ulteriores y distintas del estricto cumplimiento de la prestación inicialmente debida, y entre las que se encuentran las de cooperación⁶³.

La buena fe, per se, es por tanto idónea para permitir la introducción por vía interpretativa de la obligación de renegociación en el ordenamiento jurídico italiano. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el principal obstáculo contra esta posibilidad lo representa la disciplina de la excesiva onerosidad sobrevenida. Como hemos visto, el artículo 1467 del Código Civil solo permite a la parte perjudicada solicitar la resolución del contrato y no impone a la parte no perjudicada la obligación de renegociar, dándole derecho a proponer la modificación del contrato para ser conforme con la equidad.

Por ello, según una parte de la doctrina, no es posible interpretar el artículo 1467.3.^º del Código Civil italiano de modo que se base en él, así

como en la ejecución de buena fe, la obligación legal de renegociar. Esto constituiría una interpretación forzada y correctora de la norma⁶⁴.

Esta es también la línea adoptada por alguna jurisprudencia que, incluso en tiempos de pandemia, ha continuado afirmando que «no existe la obligación de renegociar los contratos que hayan resultado desfavorables para alguna de las partes, aunque sea como consecuencia de acontecimientos excepcionales e imprevisibles, y no existe la facultad del juez de modificar las normas contractuales libremente acordadas por las partes en el ejercicio de su autonomía contractual, más allá de los casos expresamente previstos por la ley»⁶⁵.

Las críticas formuladas contra la existencia del deber de renegociación son superables y es posible conciliar el reconocimiento de este deber con la disciplina de la onerosidad excesiva sobrevenida.

El artículo 1467 del Código Civil italiano confiere a la parte perjudicada por la excesiva onerosidad sobrevenida la *facultad* de solicitar la resolución y a la parte favorecida la de evitarla ofreciendo la modificación del contrato.

Sin embargo, la norma no dice que esta sea la única vía existente, por lo que puede decirse que la resolución es uno de los remedios de que dispone la parte perjudicada por la excesiva onerosidad, pero no el exclusivo: el artículo 1467 da a la parte desfavorecida la posibilidad de solicitar la resolución; la buena fe le da derecho de renegociar el contrato.

Esta interpretación refuerza la posición de la parte desfavorecida, que podrá elegir entre la resolución y la renegociación, que la otra parte no podrá obstaculizar (siempre que se cumplan los requisitos de hecho para la activación de los remedios).

Desde este punto de vista, es interesante y defendible la tesis de que la parte desfavorecida no tiene el derecho a pedir la renegociación, ni el derecho a iniciar directamente las tratativas de renegociación mediante una solicitud unilateral de ajuste del contrato⁶⁶.

Hay que añadir que el caso de excesiva onerosidad sobrevenida no extingue el ámbito de las condiciones que justifican la renegociación. La renegociación también puede iniciarse en presencia de una contingencia atípica (imprevisibles y ajena a la voluntad de las partes) que afecte al equilibrio del contrato sin que se cumplan las condiciones a las que el Código Civil somete la resolución⁶⁷.

El debate que anima la doctrina italiana desde hace tiempo puede ofrecer también ideas interesantes en el contexto español. La obligación de renegociación puede basarse en el principio de buena fe contractual previsto en el artículo 1.258 del Código Civil⁶⁸. Las dificultades que han frenado el reconocimiento de la renegociación en el Derecho italiano no existen en el Derecho español, donde no existe una disposición con un contenido similar al artículo 1467 del Código Civil.

1. EL REAL DILEMA: EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE RENEGOCIACIÓN Y LA UTILIDAD DEL REMEDIO PARA LAS CONSECUENCIAS DE COVID-19

Un aspecto controvertido es el relativo a las consecuencias derivadas del incumplimiento de la obligación de renegociación por una de las partes contratantes; así como en el caso en que se haya intentado la renegociación de buena fe por las partes contratantes, y esta termine fracasando⁶⁹.

Es este el punto débil de la renegociación, y la razón por la cual creo que las objeciones manifestadas por diversos autores acerca de una introducción apresurada de una norma sobre la renegociación en el sistema italiano no carecen totalmente de fundamento.

Si la parte contratante que tiene interés en preservar el contenido original del contrato se niega a renegociar o lo hace de mala fe, hay varias soluciones posibles. Se puede afirmar que el contrato se resuelve por incumplimiento de la obligación de renegociación y que la parte incumplidora viene obligada al resarcimiento del daño; pero con ello, se obtiene la extinción del contrato, que es justo lo que se pretende evitar con la vía de la renegociación⁷⁰.

En caso contrario, se puede admitir una intervención correctiva del juez por la que dicte una sentencia que sustituya la falta de renegociación⁷¹, en aplicación del remedio previsto en el artículo 2932 del Código Civil italiano rubricado «Ejecución específica de la obligación de celebrar un contrato».

Las críticas contra esta última solución son, en mi opinión, por lo menos en parte acertadas. La renegociación, por un lado, constituiría un menoscabo de la autonomía privada si se permitiera la intervención correctiva del juez, pues este terminaría por reescribir el contenido económico del acuerdo. Por otro lado, es discutible, especialmente en las transacciones más complejas, que requieren un conocimiento específico de la materia a la que se refiere el contrato, que el juez tenga la competencia técnica necesaria para llevar a cabo la operación de reescritura del contrato⁷².

Sin contar con que el factor tiempo juega un rol decisivo. Una rápida modificación del contrato desequilibrado es fundamental, especialmente durante la situación de emergencia sanitaria, que requiere respuestas rápidas y eficaces. La parte perjudicada por la contingencia tiene interés en que se modifique el contrato lo antes posible y este interés se ve perjudicado por la necesidad de esperar a que la decisión del tribunal sea definitiva⁷³. Por estas razones, estoy de acuerdo con la propuesta de una parte de la doctrina que considera preferible que la renegociación de los contratos afectados por el COVID-19, se lleve a cabo de forma extrajudicial con el apoyo de un sistema *ad hoc* de ADR (*Alternative dispute resolution*)⁷⁴ y, en general, creo oportuno que todos los procedimientos de revisión de un contrato, se lleven a cabo a través del arbitraje, y no a través de los tribunales.

La idea de confiar la renegociación a órganos extrajudiciales también es factible en España, donde es posible imaginar el recurso a la mediación regulada en el ámbito civil y mercantil a través de la Ley 5/2021, de 6 de julio⁷⁵. Este sistema puede representar el punto de encuentro entre la intervención correctora del contrato por parte de un tercero y la autonomía de las partes. El proceso de mediación garantiza de hecho que «las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas» (*vid.* art. 7).

En definitiva, ¿es la renegociación un remedio útil para las consecuencias de la pandemia? La respuesta es compleja. Ciertamente, la renegociación permite la redistribución de los riesgos contractuales generados por el COVID-19, si bien basándose, exclusivamente, en la propia autonomía negocial de las partes, sin requerirse, en consecuencia, la intervención del juez o del legislador.

Desde esta perspectiva, la renegociación sí es un instrumento adecuado: son las partes los mejores árbitros de sus intereses, y la renegociación llevada a cabo de buena fe, permite a las partes contratantes restablecer el equilibrio contractual afectado por el COVID-19, sin que las consecuencias financieras de la pandemia tengan que ser soportadas en su totalidad por una u otra parte.

Las cosas, sin embargo, no son tan sencillas como podrían parecer, ya que la renegociación es un instrumento que debe manejarse con cuidado, dadas las dificultades que se desprenden de su ejercicio práctico⁷⁶.

También hay que tener en cuenta que la figura de la renegociación no da derecho a la parte a suspender el cumplimiento (negativa, se reitera, que también contempla el artículo 6.2.3 de los Principios UNIDROIT), aspecto que sí resultaría muy útil en tiempos de pandemia.

Este defecto puede ser remediado por las partes: nada impide a los contratantes insertar una cláusula en el contrato que les obligue a renegociar y que además otorgue a la parte perjudicada el derecho a suspender la ejecución⁷⁷.

Las cláusulas de este tipo y en general sobre la regulación de las contingencias son ciertamente útiles en la situación que estamos viviendo y con toda probabilidad estarán cada vez más extendidas.

La excesiva onerosidad sobrevenida italiana y las figuras similares como la cláusula *rebus sic statibus* española y la doctrina del *hardship* operan en presencia de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles y, por tanto, no para que los contratos se perfeccionen y ejecuten cuando ya se ha confirmado la epidemia COVID-19. En este sentido, es útil que las partes contratantes hagan uso de cláusulas específicas para protegerse de cualquier contingencia causada por la pandemia en curso⁷⁸.

V. CONCLUSIONES

¿Dispone el Código Civil italiano de los instrumentos adecuados para hacer frente a los retos de COVID-19 y, en general, para la gestión de las circunstancias sobrevenidas que afectan al equilibrio contractual?

La respuesta es positiva, pero los instrumentos previstos para este fin pueden mejorar.

La interpretación tiene un peso fundamental en este sentido. Las normas establecidas por el Código Civil italiano para la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento de la prestación no resuelven algunas cuestiones centrales. En particular, en caso de imposibilidad temporal, queda abierto el problema del destino de la contraprestación y la posibilidad de que la otra parte suspenda el cumplimiento.

Como se ha visto, a despecho del silencio del Código Civil en este punto, el problema puede ser superado por la interpretación, reconociendo la posibilidad de que la parte agraviada plantea una excepción de incumplimiento.

Ninguna disposición del Código Civil italiano regula la eventualidad en la que exista, no una imposibilidad para el deudor de cumplir su prestación, sino, por el contrario, una imposibilidad sobrevenida, no imputable al acreedor, de disfrutar aquel de la contraprestación debida por este, en todo o en parte, según el tipo de uso que *ex fide bona* da sentido al contrato.

Una vez más, el problema puede superarse mediante la interpretación, equiparando la imposibilidad de prestar a la imposibilidad de utilizar la contraprestación.

Se ha visto que concebido así el remedio de la imposibilidad parcial de disfrutar de la prestación puede ser útil para hacer frente a las consecuencias de la pandemia en los arrendamientos comerciales.

El Código Civil italiano, a diferencia del Código Civil español, regula de forma positiva, la excesiva onerosidad sobrevenida. En España, la misma función la cumple la cláusula *rebus sic stantibus*, ausente en el Código Civil pero presente en la práctica jurisprudencial y en las contribuciones de la doctrina.

¿Es el remedio de la excesiva onerosidad sobrevenida regulado en el Código Civil italiano un remedio eficaz para los contratos afectados por COVID-19?

Sí, pero solo parcialmente.

Un primer límite a su utilidad lo constituye la rigidez de los presupuestos aplicativos, que se justifican por la necesidad de no socavar el principio *pacta sunt servanda*, pero debe cuestionarse si tiene sentido que deba aplicarse de la misma forma en tiempos de emergencia pandémica.

El aspecto que sin duda hay que mejorar es el de las consecuencias. En el sistema italiano, el artículo 1467 del Código Civil solo abre la posibilidad de

resolución del contrato. Esto deja sin resolver la cuestión de si la parte desfavorecida puede iniciar negociaciones para modificar el contenido del contrato, lo cual, como hemos visto, es muy controvertido. Por lo tanto, es deseable que el legislador intervenga para resolver esta cuestión en términos positivos.

Una tercera limitación deriva del hecho de que la parte perjudicada por la onerosidad excesiva no tiene derecho a suspender el cumplimiento. También aquí debería intervenir el poder legislativo.

El ejemplo italiano es una prueba útil para los intérpretes españoles, ya que les permite ver qué aspectos de la cláusula *rebus sic stantibus* son más útiles y cuáles son más débiles. Un punto a favor es el hecho de que según la reconstrucción de la jurisprudencia española de la cláusula *rebus sic stantibus*, su aplicación da lugar a una modificación del contrato y solo en última instancia a su resolución. Sin embargo, ni siquiera la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* concede a la parte perjudicada el derecho a suspender la ejecución, y este es un punto que debe mejorarse.

Tanto en Italia como en España no existe ninguna disposición que obligue expresamente a las partes a renegociar el contrato.

Esto no significa que deba excluirse la existencia de esta obligación, cuyo fundamento se puede encontrar en la cláusula general de buena fe.

¿Qué pasa con la utilidad de la renegociación?

La renegociación es, en teoría, un remedio adecuado, aunque no suficiente, para hacer frente a las consecuencias de Covid en los contratos.

La introducción de una norma que contemple dicha obligación es deseable. La construcción de un remedio eficaz requiere que el legislador preste especial atención a estos puntos: 1. La condición para desencadenar la obligación de renegociar debe ser una alteración significativa del equilibrio del contrato debido al acaecimiento de circunstancias imprevisibles y ajenas a la voluntad de las partes. En caso contrario, cualquier hecho intermedio daría derecho a las partes a exigir la revisión del acuerdo. 2. Es útil prever el derecho a suspender la ejecución cuando se ha solicitado la renegociación. 3. La renegociación debe dejarse en manos de las partes y de los órganos extrajudiciales.

RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL DE CASACIÓN

- Sentencia de 18 de julio de 1989, n. 3347
- Sentencia de 19 de octubre de 2007, n. 21973
- Sentencia de 20 de diciembre de 2007, n. 26958
- Sentencia de 10 de julio de 2018, n. 18047
- Sentencia de 29 de enero 2021, n. 2154

TRIBUNAL

- Bologna, Sentencia de 12 de mayo de 2020
- Milano, Sentencia de 24 de julio de 2020
- Pordenone, Sentencia de 8 de julio de 2020
- Roma, Sentencia de 27 de agosto de 2020
- Roma, Sentencia de 25 de julio de 2020
- Roma, Sentencia de 29 de mayo de 2020
- Roma, Sentencia de 9 de septiembre de 2020
- Treviso, Sentencia de 21 de diciembre 2021
- Venezia, Sentencia de 28 de julio de 2020
- Roma, Sentencia de 30 de septiembre de 2021

BIBLIOGRAFÍA

- AL MUREDEN, E. (2004). *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*. Padova: Cedam.
- ALBALADEJO, M. (1989). *Derecho Civil. II, Derecho de Obligaciones. Volumen primero. La obligación y el contrato en general*, 8.^a edición. Librería Bosch: Barcelona, 485-486.
- ALPA, G. (2020). Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata. *Nuova giurisprudenza civile commentata*, Supplemento n. 3, 57 sigs.
- (2020). Remarks on the effects of the pandemic on long-term contracts, disponible en <https://www.comparativecovidlaw.it/>
- BENEDETTI, A.M. y NATOLI, R. (2020). Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito, disponible en <https://www.comparativecovidlaw.it>.
- BENEDETTI, A.M. (2011). *Le autodifese contrattuali*. En P. Schlesinger (Dir.). *Il codice civile. Commentario*. Milano: Giuffrè.
- (2020). Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto. *Giustiziacivile.com.*, n. 4, 1-11.
- BOSELLI, A. (1952). *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*. Torino: Utet.
- (1960). Eccessiva onerosità. En *Novissimo Digesto italiano*, IV. Torino: Utet, 331-338.
- BRECCIA, U. (1991). Le obbligazioni. En G. Iudica - P. Zatti (Dir.). *Trattato di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 743-750.
- CABELLA PISU, L. (2009). I rimedi contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta. En G. Visintini (Dir.). *Trattato della responsabilità contrattuale*, Vol. I, Padova: Cedam, 537-570.
- CAMILLERI, E. (2020). Eli Principles for the Covid-19 Crisis: argini e contrappesi contro l'abuso dello stato di eccezione entro lo spazio giuridico europeo, disponible en <https://www.giustiziainsieme.it>

- CAMPIONE, R. (2021). Il Covid-19 nei contratti commerciali internazionali tra Force Majeure, Material Adverse Change/Effect e Hardship. *Contratti*, 75-83.
- CARAPEZZA FIGLIA, G. (2020). Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?. *Actualidad jurídica iberoamericana*, 422-433.
- (2020). Locazioni commerciali e sopravvenienze da Covid-19. Riflessioni a margine delle prime decisioni giurisprudenziali. *Danno e responsabilità*, 698-708.
- CARNEVALI, U. (2021). Emergenza Covid-19: un anno dopo. *Contratti*, 145-148.
- CARRASCO PERRERA, A. (2020). Permitame que le cuenta la verdad sobre Covid-19 y fuerza mayor, disponible en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/>.
- CASTIÑEIRA, J. (2014). Hacia una nueva configuración de la doctrina rebus sic stantibus. En *InDret*, núm. 4, 1-28.
- COTTINO, U. (1955). *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*. Milano: Giuffrè.
- CUFFARO, V. (2020). Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia. *Giustiziacivile.com.*, n. 3, 1-6.
- D'AQUINO, P.S. (2020). L'ombra del cigno nero sui rapporti negoziali: il riequilibrio contrattuale nelle locazioni ad uso commerciale a seguito delle restrizioni per il covid-19. *BioLaw Journal*, 301-309.
- DAIDONE, C. (2017). Clausola di rinegoziazione. En M. Confortini (Coord.). *Clausole negoziali*. Torino: Utet, 1445-1468.
- DALLA MASSARA, T. (2021). L'adempimento dei debiti pecuniari e il principio di buona fede. E. Damiani (Coord.). *L'impatto del Coronavirus sulle situazioni giuridiche soggettive*, Editoriale Scientifica, 41-60.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2003). *La cláusula rebus sic stantibus*. Tirant lo Blanch: Valencia.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 314-321.
- DE MARTINI, A. (1950). *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*. Milano: Giuffrè.
- DE MAURO, A. (2010). Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione. *Giustiziacivile.com.*, n. 3, 1-8.
- DEL PRATO, E. (2016). Sulle clausole di rinegoziazione del contratto. *Rivista di diritto civile*, 2016, 801-809.
- DI MAJO, A. (1998). Delle obbligazioni in generale, en *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*. Bologna — Roma: Zanichelli, 284-304.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1996). La cláusula rebus sic stantibus. En J. R. Ferrández Gabriel (Coord.), *Extinción de Obligaciones*, Consejo General del Poder Judicial: Madrid, 669-686.
- (2008). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II. Madrid: Thomson Civitas, 2008.
- DOLMETTA, A. (2020). Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus). *Giustiziacivile.com*, n. 6, 1-17.
- FONDRIESCHI, A.F. (2021). Tre modelli di rinegoziazione. Rinegoziazione spontanea, obbligo di rinegoziare e incentivi alla rinegoziazione. Osservatorio del diritto civile e commerciale, 29-70.

- FRANZONI, M. (2013). Degli effetti del contratto, II, Integrazione del contratto—Suoi effetti reali e obbligatori. En P. Schlesinger (Dir.). *Il codice civile. Commentario*. Milano: Giuffrè, 211-246.
- (2021). Il Covid-19 e l'esecuzione del contratto. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2-23.
- GABRIELLI, E. (2005). Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto del contratto alle mutate circostanze di fatto. En *Studi in onore di Ugo Majello*, Vol. I. Napoli: ESI, 751-786.
- (2006). *La risoluzione per eccessiva onerosità*. En E. Gabrielli (Dir.). *I contratti in generale*, t. II. Torino: Utet, 1809-1851.
- GALLO, P. (2020). Emergenza Covid e revisione del contratto. *Giurisprudenza italiana*, 2439-2445.
- GAMBINO, A. (1960). Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto. *Rivista del diritto commerciale e delle obbligazioni in generale*, 416-449.
- GAMBINO, F. (2004). *Problemi del rinegoziare*. Milano: Giuffré.
- GARCÍA RUBIO, M. (2020). Medidas en materia de contratos con motivo del Ccovid-19 en España. *Revista de Derecho Civil*, 15-46.
- GENTILI, A. (2003). La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione e rinegoziazione del contratto. *Contratto e impresa*, 667-724.
- (2020). Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus. *Giustiziacivile.com*, n. 4, 1-25.
- LUMINOSO, A. (2010). Il rapporto di durata. *Rivista di diritto civile*, 501-530.
- MACARIO, F. (1996). *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*. Napoli: Jovene, 1996.
- (2020). Per un diritto più solidale in epoca di «coronavirus». *Giustiziacivile.com*, Fasc. Emergenza Covid-19 Speciale, 208-212.
- MAGGIOLO, M. (2021). Poteri e iniziative unilaterali nella rinegoziazione del contratto. *Rivista di diritto civile*, 908-927.
- MAISTO, F. (2007). La categoria della nullità sopravvenuta del contratto nel prisma delle teorie sul diritto intertemporale. En *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*. Napoli: ESI, 689-714.
- MARASCO, G. (2006). *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*. Padova: Cedam.
- MARCHETTI, G. (2018). La nullità «dinamica» dei contratti di durata. *Rivista di diritto civile*, 1258-1298.
- MARTÍNEZ DE QUEL MORENO, I. (2015). Imposibilidad sobrevenida liberatoria: concepto y consecuencias. *REDUR13*, 307-333.
- MORELLO, R. (2020). Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal Codice civile. *Giustiziacivile.com*, n. 4, 1-18.
- MURGA FERNÁNDEZ, J.P. (2020). La —manida— cláusula *rebus sic stantibus*: reflexiones sobre su utilidad en tiempos de pandemia. En G. Cerdeira Bravo de Mansilla, M. García Mayo (Dir.). *Coronavirus y derecho en estado de alarma*. Madrid: Reus Editorial, 341-362.

- NAVARRETTA, E. (2020). Covid-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi. *Nuova giurisprudenza civile commentata*, supplemento n. 3, 87 y sigs.
- OPPO, G. (1943). *I contratti di durata (I)*. *Rivista del diritto commerciale e delle obbligazioni in generale*, 143-180.
- (1944). *I contratti di durata (II)*. *Rivista del diritto commerciale e delle obbligazioni in generale*, 17-42.
- ORDUÑA MORENO, F.J. - MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. (2003). *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus»: tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*. Civitas Cizur-Menor: Pamplona.
- ORELLANA, L. (2017). El deber de renegociación del contrato en caso de excesiva onerosidad sobrevenida. En M. Espejo Lerdo de Tejada, C. Hornero Méndez, F. Oliva Blázquez (Dir.). *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas*. Cizur-Menor, 437-458.
- OSTI, G. (1959). Clausola rebus sic stantibus. En *Novissimo Digesto italiano*, III. Torino: Utet, 353-360.
- (1962). Impossibilità sopravveniente. En *Novissimo Digesto italiano*. Vol. VIII. Torino: Utet, 287-300.
- PARRA LUCÁN, M. (2015). Riesgo Imprevisible y modificación De Los Contratos. *InDret*, núm. 4, 1-54.
- PERLINGIERI, P. (1975). Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento. En *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*. Bologna — Roma: Zanichelli, 440-521.
- PINO, A. (1952). *L'eccessiva onerosità della prestazione*. Padova: Cedam.
- PINORI, A. (2020). Riflessioni sugli effetti dello stato di emergenza da Coronavirus. *Contratto e impresa*, 1192-1223.
- PIRAINO, F. (2015). *La buona fede in senso oggettivo*. Torino: Giappichelli.
- RABITTI, M. (2020). Pandemia e risoluzione delle future controversie. Un'idea grezza, disponible en <http://www.dirittobancario.it>.
- ROPPO, V. (2011). Il contratto. En G. Iudica - P. Zatti (Dir.). *Trattato di diritto privato*, 2º ed. Milano: Giuffrè.
- ROSSI M.C.- CONTI G. (2017). La relazione tra causa e sopravvenienza: il concetto di causa dinamica nei contratti di durata e temporalmente rilevanti e le sopravvenienze a rilevanza causale. *Foro Padano*, II, 25-45.
- SACCO, R. (2004). Il contratto. En R. Sacco - G. De Nova (Coord.). *Trattato di diritto civile*, Vol. II. Torino: Utet.
- SALANITRO, U. (2020). La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus. *Giustiziacivile.com.*, n. 4, 1-11.
- (2020). Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea. *Nuova giurisprudenza civile*, supplemento n., 3, 110 y sigs.
- SALVADOR CODERCH, P. (2009). Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. *InDret*, núm. 4, 1-60.
- SCOGNAMIGLIO, C. (2020). L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?. *Giustiziacivile.com*, n. 4, 1-10.
- SICCHIERO, G. (2002). La rinegoziazione. *Contratto e impresa* 774-815.

- (2003). Rinegoziazione. En *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile. Aggiornamento*, II, Torino, Utet, 2003, 1200-1218.
- SICCHIERO, G. (2020). Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice ex artículo 1374 CC?, *Giurisprudenza italiana*, 2436-2439.
- SIRENA, P. (2020). Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile? *Jus*, 205-218.
- (2020). I principi dello ‘European Law Institute’ sulla pandemia di Covid-19. *Rivista di diritto civile*, 890-901.
- TARTAGLIA, P. (1980). Onerosità eccessiva. En *Enciclopedia del diritto*, XXX. Milano: Giuffrè, 1980, 155-175.
- (1983). *Eccessiva onerosità ed appalto*. Milano: Giuffrè.
- TERRANOVA, C. (1995). *L'eccessiva onerosità nei contratti*. En P. Schlesinger (Dir.). *Il codice civile. Commentario*. Milano: Giuffrè.
- THOBANI, S. (2020). Il contenuto dell’obbligo di rinegoziare. *Il Corriere giuridico*, 631-646.
- TRIMARCHI, G. A.M. (2020). Le «locazioni commerciali», il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata. *Notariato*, 235-247.
- TRIMARCHI, P. (2010). *Il contratto: inadempimento e rimedi*. Milano: Giuffré, 237-241.
- TUCCARI, E. (2018). *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*. Torino: Wolters Kluwer - Cedam.
- (2019). Contratti di durata (eccessiva onerosità sopravvenuta nei). En *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile, Aggiornamento*, XII. Torino: Utet, 97-112.
- VENTURELLI, A. (2017). Clausola di «hardship». En Confortini, M. (Coord.). *Clausole negoziali*. Torino: Utet, 1003-1022.
- VERZONI, S. (2020). Gli effetti, sui contratti in corso, dell’emergenza sanitaria legata al COVID-19. *Giustiziacivile.com.*, Fasc. Speciale Emergenza Covid-19, 213-226.
- ZACCHEO, M. (2011). Sopravvenienza. En S. Martucelli - R. Pescatore, N. Irti (Coord.) *Dizionario del diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1638.

La autora agradece la ayuda prestada por D. Agustín ANDRADES NAVARRO y el Prof. Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ para la revisión de estas páginas.

NOTAS

¹ Para tener una visión general de las consecuencias jurídicas de la pandemia en el panorama global, véase l’Osservatorio Covid Comparative Covid Law, que puede consultarse en <https://www.comparativecovidlaw.it/>, que informa sobre algunas de las fuentes normativas surgidas por la emergencia sanitaria y ofrece una panorámica de las primeras reflexiones sobre el particular.

² Entre las decisiones sobre el tema véase por ejemplo, Trib. Roma 25 de julio de 2020; Trib. Venezia 28 de julio de 2020; Trib. Bologna 12 de mayo de 2020, que pueden

consultarse en <https://dejure.it/#/home>. En la doctrina al respecto, véase entre otros, TRIMARCHI (2020, 235 y sigs.); SALANITRO (10 y sigs.); CARAPEZZA FIGLIA (2020, 422 y sigs.), y por el mismo autor (2020, 698 y sigs.).

³ La expresión ha sido utilizada por MACARIO (2020, 208).

⁴ En este sentido ALPA (2020, 1298). Para un amplio examen de las normas de emergencia introducidas por el legislador, *vid.* PINORI (2020, 1193 y sigs.). Por la misma razón, no se analizarán las normas de la legislación de emergencia española. En la doctrina española para el análisis de las normas sobre el estado de alarma desde la perspectiva del derecho civil ver GARCÍA RUBIO (2020, 15 y sigs.).

⁵ El concepto de causas sobrevenidas indica una serie de casos dotados de la misma característica: el acaecimiento de un hecho inesperado después de la conclusión del contrato, que afecta sustancialmente a la relación contractual y alteran su equilibrio. *Vid.* ZACCHEO (2011, 1638).

⁶ Tratamos la relación entre la imposibilidad sobrevenida y la excesiva onerosidad más adelante.

⁷ *Vid.* MURGA FERNÁNDEZ (2020, 343, 360 y sigs.); SALVADOR CODERCH (2009, 1 y sigs.).

⁸ Antes de la promulgación del Código civil italiano de 1942, algunas voces doctrinales habían sugerido la introducción de la institución de la renegociación, idea que, sin embargo, no fue aceptada.

⁹ Entre los autores que plantearon por primera vez esta cuestión, *v.* MACARIO (1996); ROPPO (2011, 972 y sigs.).

¹⁰ MACARIO (1996, 264 y sigs.).

¹¹ Así, en la doctrina española *vid.* ORELLANA (2017, 437 y sigs.).

¹² El Instituto de Derecho Europeo (ELI) es una organización independiente, fundada en 2011, con sede en Viena, que tiene como objetivo mejorar la calidad del derecho europeo en el sentido más amplio de la palabra. ELI tiene el objetivo de iniciar, realizar y facilitar investigaciones, formular recomendaciones y proporcionar orientación práctica en el ámbito de desarrollo del derecho europeo. Para mayor información, véase [https://www.europeanlawinstitute.eu](http://www.europeanlawinstitute.eu). Para un análisis de los principios de la doctrina italiana véase CAILLERI (2020); SIRENA (2020, 890 y sigs.).

¹³ Los artículos 1463 y sigs. del Código civil italiano regulan las hipótesis de circunstancias que hacen imposible la prestación debida, mientras que los artículos 1467 y sigs. del Código civil italiano regulan las hipótesis de acontecimientos, extraordinarios e imprevisibles en el momento de la celebración del contrato, que modifican el equilibrio contractual original, produciendo una excesiva onerosidad de la prestación de una de las partes. Sobre el debate doctrinal acerca de los límites entre la imposibilidad y la excesiva onerosidad sobrevenida, *vid.* AL MUREDEN (2004, 17 y sigs.).

¹⁴ El artículo 1463 del Código civil italiano dice: «*En los contratos con contraprestación, la parte liberada por la imposibilidad sobrevenida de la prestación debida no puede pedir la contraprestación, y debe restituir aquello que ya había recibido, según las normas relativas al cobro de los pagos indebidos.*» Sobre el tema *cfr.* ROPPO (2011, 943), COTTINO (1955), OSTI (1962, 287 y sigs.), PERLINGIERI (1975, 440 y sigs.) y BRECCIA (1991, 743 y sigs.).

¹⁵ *Vid.* VERZONI (2020, 214). En cuanto a las condiciones que rigen la imposibilidad sobrevenida en el Derecho español *vid.* DÍEZ-PICAZO (2008), MARTÍNEZ DE QUEL MORENO (2015, 307 y sigs.).

¹⁶ Sobre este punto *vid.* ALPA, (2020, 1297 y sigs.), VERZONI (2020, 219 y sigs.). En la doctrina española sobre el Covid-19 como fuerza mayor véase CARRASCO PERERA (2020).

¹⁷ También en el Derecho español, a pesar del silencio de los artículos 1182 y 1184 del Código civil, la doctrina y la jurisprudencia consideran operativa una solución similar. *Vid.* MARTÍNEZ DE QUEL MORENO (2015, 311-312).

¹⁸ La norma ha sido prevista para los contratos públicos. Sin embargo, la referencia contenida en las normas generales sobre responsabilidad del deudor (es decir los artículos 1218 y 1223 CC italiano) ha permitido a la doctrina afirmar que puede tener un alcance general y ser aplicada a cualquier relación privada. Así PINORI (2020, 1199).

¹⁹ El cumplimiento de las medidas de contención de la pandemia, opera como causa de fuerza mayor y excluye la compensación por daños. El artículo 91 ha tipificado el respeto de las medidas de contención relativas a la emergencia del Covid-19, como un acontecimiento imprevisible y extraordinario, que permite definirlo como causa de fuerza mayor. Sin embargo, esta solución, también habría sido posible, incluso en ausencia de la disposición reglamentaria, acudiendo a la regulación contenida en el Código civil y, más concretamente, en el artículo 1218 del Código civil, según el cual, «*el deudor que no realice la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño, si no prueba que el incumplimiento o el retraso en el cumplimiento se debe a la imposibilidad de realizarla por una causa que no le sea imputable*». Cfr. PINORI (2020, 1203).

²⁰ El artículo 1460 del Código civil italiano establece que «*en los contratos onerosos, cada una de las partes contratantes puede negarse a cumplir su obligación si la otra no cumple o no ofrece cumplir la suya al mismo tiempo, a menos que las partes hayan establecido condiciones de cumplimiento diferentes o que estas resulten de la naturaleza del contrato*».

²¹ A favor de la posibilidad para el acreedor de oponer la excepción de incumplimiento también respecto de incumplimientos no imputables al deudor, derivados de la imposibilidad de cumplimiento, v. (Cass. 19 de octubre de 2007, n. 21973, en *Giust. civ.*, 2008, 1, I, 115). Esta solución ha sido admitida por (Cass. 29 de enero de 2021, n. 2154, en *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2021, 2, I, 460), que faculta al arrendatario de un inmueble a formular una excepción de incumplimiento, no solo cuando la prestación del arrendador no se ha cumplido en su totalidad, sino también cuando se ha producido un incumplimiento parcial que no excluye el pleno disfrute del inmueble. Es cierto que se reconoce de este modo la aplicación de la excepción por incumplimiento con una finalidad distinta de la que le es propia, es decir, aquella de estimular al deudor a cumplir. No parece, sin embargo, incompatible con la excepción de incumplimiento, una finalidad de autoprotección para el acreedor, que la opone no tanto para alentar al deudor a cumplir su prestación, sino para protegerse del riesgo de tener que cumplir la suya, sin recibir contraprestación alguna.

²² Así BENEDETTI (2020, 4): obligado al respeto de las medidas de contención, él —(el deudor)— no puede, de hecho no debe, cumplir su prestación (o prestaciones), y de esta inacción suya (por *factum principis*) se deriva una parálisis (temporal) de la contraprestación, operativa para todas las partes contratantes. Por lo que concierne a la posibilidad de suspender la ejecución de los contratos de arrendamiento comercial véase CARAPEZZA FIGLIA (2020, 428 y sigs.).

²³ Así, por ejemplo, Cass. 10 de julio de 2018, n. 18047, en *Guida al dir.* (2018, 32 y sigs.); Cass. 20 de diciembre de 2007, n. 26958, en *Giust. civ. Mass.* (2007, 12).

²⁴ Es útil aclarar, que la legislación de emergencia, no suspendió la obligación de pagar el alquiler por parte de los inquilinos de las propiedades arrendadas para uso comercial (excepto para sectores específicos). El artículo 65 del Decreto Legislativo n.º 18 de 17 de marzo ha previsto, a favor de los arrendatarios de tiendas y negocios, un crédito fiscal equivalente al 60% del alquiler del mes de marzo. La disposición no modifica la prestación del arrendatario y permite solamente recuperar (no de manera inmediata) parte de la contraprestación debida por el propietario. La norma agota sus propios efectos sobre el plano tributario y presupone, sin embargo, el cumplimiento pleno de la obligación del arrendatario de pagar el alquiler.

²⁵ Cfr. NAVARRETTA (2020, 87 y sigs.). Véase también la solución al problema propuesta por CARAPEZZA FIGLIA (2020, 429 y sigs.).

²⁶ V. Trib. Roma, 29 mayo 2020, en Foro it. (2020, I, 2496). Para una crítica de la solución véase MORELLO (2020, 6).

²⁷ Véase Trib. Roma 29 mayo 2020. El mismo argumento fue seguido por el (Trib. Venezia de 28 de julio de 2020) Hay que decir que esta no es la única solución adoptada por la jurisprudencia para responder a la exigencia de protección del arrendatario, y que el problema también es ampliamente discutido en la doctrina. En una decisión diferente, el Trib. Roma de 27 de agosto de 2020, *cit.*, ha reconocido el derecho del arrendatario a renegociar el contenido del contrato, y en ausencia de un acuerdo entre las partes, ha reconocido el derecho del arrendatario a una reducción temporal de la renta del alquiler, en un 40% para los meses de abril y mayo, y en un 20% para los meses de junio a marzo de 2021. Esta decisión merece ser mencionada, porque el Tribunal de Roma ha mostrado ser partidario de la tesis que se deriva del artículo 1375 del Código civil, es decir, la obligación de renegociar el contrato. En términos negativos se expresó, en cambio, Trib. Milano de 24 de julio de 2020, en *Banca Borsa Tit. cred.* (2020, 5, II, 759), por el cual «el conjunto de las medidas legislativas adoptadas para la emergencia sanitaria del Covid-19, no manifiesta de una manera evidente, cierta e incontestable, la extinción (en todo o en parte) de la obligación de pago de la renta del alquiler de la actividad comercial, relativo al periodo de *lockdown*». En los mismos términos se ha expresado también el Trib. Pordenone de 8 de julio de 2020, disponible en <https://dejure.it/#/home>. Sobre este tema en el panorama español ver CARRASCO PERERA (2020, 9).

²⁸ Cfr. MORELLO (2020, *ibidem*), quien ha afirmado que el deudor de una obligación monetaria nunca es liberado por causa del deterioro de su condición financiera. Según este autor, la solución al problema de los deudores de obligaciones pecuniarias que se encuentran en una situación de desamparo a causa de la pandemia, no puede ser su liberación total o parcial, ni a nivel de los principios jurídicos ni a nivel práctico, porque ello conduciría a una incontrolable cadena de liberaciones.

²⁹ V. Trib. Roma 9 de septiembre de 2020, en *Contr.* (2021, 25 y sigs.).

³⁰ Sobre la relación entre el cumplimiento de la deuda pecuniaria y, por otro lado, el principio de buena fe véase DALLA MASSARA (2021, 41 y sigs.).

³¹ Cfr. DALLA MASSARA (2021, 59 y 60). *Vid.* también las ideas ofrecidas por DE MAURO (2020, 5 y sigs.), favorable a la aplicación de la norma prevista en el artículo 1256 del Código civil italiano, párrafo 2, sobre imposibilidad temporal de cumplimiento. De manera similar, v. también CUFFARO (2020, 4). V. también el amplio análisis de GENTILI (2020, 1 y sigs.) que en relación con los contratos comerciales, y abordando el problema desde el punto de vista de la crisis empresarial, ha propuesto seguir el camino de la reestructuración de la deuda.

³² Véase SCOGNAMIGLIO (2020, 4), a propósito del hecho que el común denominador de las primeras reflexiones sobre el impacto de la pandemia en el derecho de los contratos, es la reafirmación de la regla de buena fe como cláusula general capaz de confiar al juez una técnica de gobierno de los acontecimientos controvertidos que deberían surgir de las consecuencias económicas de la emergencia sanitaria.

³³ En general sobre la excesiva onerosidad sobrevenida v. DE MARTINI (1950), BOSELLI (1952 y 1960, 331), PINO (1952), OSTI (1959, 353), TARTAGLIA (1980, 155 y 1983, 19 y sigs.), TERRANOVA (1995, 109 y sigs.), GABRIELLI (2006, 1809 y sigs.), TRIMARCHI (2010, 237 y sigs.), ROPPO (2011 945 y sigs.).

³⁴ La delimitación de los límites de la categoría de los llamados «contratos de duración» es discutida. El Código civil italiano no utiliza esta expresión, refiriéndose únicamente a contratos de ejecución continuada y periódica o diferida (*vid.* el art. 1467 CC italiano). Parte de la doctrina italiana considera que la expresión «contratos de duración» incluye ambos tipos [así, por ejemplo, MAISTO (2007, 680)]. Sobre el uso de esta expresión por parte de la doctrina y de la jurisprudencia como alternativa a las locuciones empleadas en el Código civil v. LUMINOSO (2010, 501 y sigs.). Por el contrario, algunos atribuyen a la categoría solo los contratos de ejecución continua y periódica: así OPPA (1943, 143 y sigs. y, 1944, 17 y sigs.) y también ROPPO (2011, 512). Otros, partiendo de la premisa de que las relaciones a largo plazo en sentido estricto son solo las que tienen

un rendimiento continuo y periódico, prefieren indicarlas con la expresión «contratos a largo plazo», con el fin de destacar el hecho de la proyección de la relación contractual a largo plazo. Esta definición se debe a MACARIO (1996, 13).

³⁵ V. ROPPO (2011, 946), GABRIELLI (2005, 751 y sigs.).

³⁶ *Vid.* la detallada exposición de la evolución jurisprudencial experimentada por la figura llevada a cabo por MURGA FERNÁNDEZ (2021, 348 y sigs.).

³⁷ Sobre la cláusula *rebus sic stantibus* en la doctrina española véase DE CASTRO Y BRAVO (1985, 314 y sigs.), ALBALADEJO (1989, 485 y sigs.), DÍEZ-PICAZO (1996, 669 y sigs.), DÍEZ-PICAZO (2008, 1068 y sigs.), DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2003), SALVADOR CODERCH (2009, 1-60), CASTINEIRA (2014, 1-28), PARRA LUCÁN (2015, 1-54), ORDUNA MORENO y MARTÍNEZ VELENCOSO (2003).

³⁸ Esta sistematización de las teorías sobre la base de la cláusula *rebus sic stantibus* se debe a DÍEZ-PICAZO (2008, 1068-1069).

³⁹ DE CASTRO Y BRAVO (1985, 317).

⁴⁰ A este respecto, es interesante señalar que, según una parte de la doctrina italiana en los contratos de duración, el tiempo entra en la causa del contrato y contribuye a definir su fisonomía. En consecuencia, la causa no agota su relevancia en la fase de la estipulación, sino que debe permanecer y apoyar los momentos en que se articula el desarrollo de la relación. *Vid.* ROSSI y CONTI (2017, 34 y sigs.), MARCHETTI (2018, 1288 y sigs.).

⁴¹ DÍEZ-PICAZO (2008, 1069-1070).

⁴² Sobre la distinción entre excesiva onerosidad directa e indirecta *v.* ROPPO (2011, 949).

⁴³ Así ALPA (2020, 60), CARAPEZZA FIGLIA, (2020, 429 y sigs.), y por el mismo autor (2020, 704). Por el contrario, a favor de la excesiva onerosidad sobrevenida TRIMARCHI (2020, 244), D'AQUINO (2020, 304 y sigs.).

⁴⁴ *Vid.* Así SALANITRO (2020, 7).

⁴⁵ *Vid.* el apartado II.

⁴⁶ Es minoritaria la jurisprudencia que permite al juez llevar a cabo una redeterminación del contenido económico de la contraprestación, consecuencia de la excesiva onerosidad sobrevenida. Cass. 18 luglio 1989, n. 3347, in *Foro it.*, 1990, I, 564, con nota de Macario.

⁴⁷ La parte que se beneficia de la excesiva onerosidad tiene un derecho potestativo a evitar la resolución del contrato, sujeto únicamente a la equidad de la oferta modificadora. *Vid. ex multis* CABELLA PISU (2009, 537 y sigs.).

⁴⁸ MURGA FERNÁNDEZ (2021, 350).

⁴⁹ ROPPO (2011, 952).

⁵⁰ Véanse a propósito las observaciones de «una reflexión y una propuesta para una mejor protección de los sujetos afectados por los efectos de la pandemia», disponible en <http://www.civiliistiitaliani.eu/iniziative/notizie/>, 5.

⁵¹ Así GENTILI (2020, 8), de la que se toman las citas anteriores en el texto. La doctrina no duda de que la excesiva onerosidad sobrevenida debe referirse a la prestación objetivamente entendida, y excluye que la situación subjetiva en la que se encuentra el deudor, sea relevante. V. SACCO (2004, 707), ROPPO (2011, 950), GAMBINO (1960, 416).

⁵² En la doctrina italiana *vid.* ROPPO (2010, *ibidem.*) y por parte de la doctrina española cfr. MURGA FERNÁNDEZ (2020, 360).

⁵³ Véase *Draft Common frame of Reference* (art. III-1:110) y *Principles of European Contract Law*, (art. 6:111).

⁵⁴ Según el artículo 6.2.2. de los Principios UNIDROIT la *hardship* surge cuando se producen acontecimientos que alteran sustancialmente el equilibrio del contrato, ya sea por un aumento del coste de la prestación de una de las partes o por una disminución del valor de la contraprestación. Dichos eventos deben ser acontecimientos que no po-

drían haber sido razonablemente previstos por la parte desfavorecida en el momento de la celebración del contrato y que están fuera de su control.

⁵⁵ *Vid.* GAMBINO (2004, 55), SICCHIERO (2002, 774 y sigs.), GENTILI (2003, 667) y la obra más reciente de TUCCARI (2018).

⁵⁶ El texto del proyecto de ley se encuentra publicado en <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01106422.pdf>. Véase también el dossier publicado en <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01112188.pdf>. Cabe señalar que la asociación de civilistas italianos ha elaborado una propuesta que ha sido presentada al gobierno y que es necesaria para afrontar las graves consecuencias económicas de la actual pandemia. En el documento titulado «una reflexión y una propuesta para una mejor protección de los sujetos afectados por los efectos de la pandemia», disponible en <http://www.civiliitaliani.eu/iniziative/notizie/>, la asociación de civilistas italianos espera que el proyecto de ley ya mencionado, complete su *iter* y permita la adopción de un decreto legislativo delegado que inserte después del artículo 1468 del Código civil un nuevo artículo, 1468-*bis*, que permita a la parte perjudicada solicitar la renegociación de buena fe de las condiciones contractuales. Sobre la propuesta de introducir una obligación de renegociación, *vid.* SIRENA (2020, 205 y sigs.).

⁵⁷ *Vid.*, por ejemplo, el artículo 88 bis del Decreto legislativo núm. 18 de 2020, denominado «cura Italia», que prevé la facultad para que los teatros u operadores turísticos, emitan un vale que sustituya el billete comprado y no utilizado, o cualquier otro viaje que no se haya podido realizar. En estos casos, el legislador no prevé una obligación de renegociar, pero sigue la vía de la corrección jurídica del contrato. En cualquier caso, estas intervenciones, ponen de manifiesto la tendencia a buscar preferentemente soluciones que mantengan y modifiquen la relación.

⁵⁸ *Vid.* el documento ya mencionado de la Asociación de civilistas italianos «Una riflessione ed una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia» *cit.*

⁵⁹ *Vid.* por ejemplo las observaciones críticas de MORELLO (2020, 16).

⁶⁰ *Vid.* Trib. Roma 27 de agosto de 2020 disponible en <https://dejure.it/#/home>. El tribunal, basándose en la buena fe, ordenó la reducción del arrendamiento en un 40% para los meses de abril y mayo de 2020 y en un 20% para los meses de junio de 2020 a marzo de 2021, teniendo en cuenta —en lo que respecta al segundo periodo— la restricción de acceso a los locales públicos impuesta por razones sanitarias. La cuestión de la existencia de la obligación de renegociar ha sido debatida en los últimos meses por la jurisprudencia, que ha ofrecido soluciones contrastadas, razón por la cual el «Officio del massimario» de la Casación con el informe núm. 56 de 8 de agosto de 2020 ha intervenido sobre el tema, expresándose en términos favorables a la renegociación. La intervención es importante, porque nunca antes ninguna sentencia del Tribunal Supremo había reconocido la existencia de la obligación de renegociar. Veremos en el futuro, si será este el camino adoptado por la jurisprudencia de la legitimidad.

⁶¹ Así mucho antes del estallido de la pandemia MACARIO (1996, 264 y sigs.). Ver también MARASCO (2006), ve la fuente de la obligación legal de renegociación solo en el artículo 1375 del Código civil italiano, norma imperativa y derogatoria del artículo 1467 del mismo texto legal.

⁶² V. MACARIO (2020, 212), BENEDETTI-NATOLI (2020, par. 3-4), DOLMETTA (2020, 7), GALLO (2020, 2439 y sigs. [v. spec. 2443]). También está a favor FRANZONI (2021, 16 y sigs.) según el cual la buena fe faculta al juez para exigir a las partes que renegocien el contrato también en aplicación del artículo 3, 6º-ter, del Decreto Ley núm. 6, de 23 de febrero de 2020.

⁶³ Sobre la función integradora de la buena fe, véase FRANZONI (2013, 2011 y sigs.), DI MAJO (299 y sigs.), PIRAINO (2015, spec. 266 y sigs., y 347 y sigs.).

⁶⁴ Además de la doctrina citada *vid.* recientemente TUCCARI (2019, 101), con referencias bibliográficas sobre el debate existente al respecto. Sobre las posibles

contradicciones entre el reconocimiento de la obligación de renegociación derivada de la buena fe y el artículo 1467 del Código civil véase también NAVARRETTA (2020, 87 y sigs.).

⁶⁵ Trib. Roma de 30 de septiembre de 2021, disponible en <https://dejure.it>.

⁶⁶ *Vid.* MAGGIOLO (2021, 913 y sigs.). La tesis es interesante por sus consecuencias en cuanto a los daños resarcibles en caso de falta de adecuación del contrato.

⁶⁷ *Vid.* MACARIO (1996, 312). Sobre la distinción entre contingencias típicas y atípicas *vid.* SACCO (2004, 1708). Las contingencias atípicas son acontecimientos que no entran dentro de los previstos en los artículos 1463 y 1467 del Código civil italiano pero que, sin embargo, pueden afectar sustancialmente a la relación contractual y alterar el equilibrio inicialmente previsto por las partes. Con respecto a estas contingencias, no pueden aplicarse los remedios de la imposibilidad sobrevenida de la prestación y de la excesiva onerosidad sobrevenida de la misma, pero es evidente que el curso de la relación ya no refleja lo acordado originalmente por las partes. Por lo tanto, el problema de la relevancia jurídica de tales contingencias atípicas y sus consecuencias sigue abierto. *Vid.* MARCHETTI (2018, 1293 y sigs.) y (FONDRIESCHI, 2021, 50 y 58).

⁶⁸ *Vid.* ORELLANA (2017, 437 y sigs.).

⁶⁹ En estudios más recientes sobre el contenido de la renegociación y el problema de las consecuencias del incumplimiento de esta obligación, véase THOBANI (2020, 631 y sigs.).

⁷⁰ Según BENEDETTI y NATOLI (2020, par. 4), ante la negativa de una de las partes a renegociar, la otra puede invocar, de conformidad con el artículo 1460 del Código civil, la excepción de incumplimiento de la obligación de renegociar derivada del deber de buena fe y negarse a cumplir. Sobre la posibilidad de oponer la excepción de una obligación nacida del deber de buena fe v. en general BENEDETTI (2011, 30 y sigs.).

⁷¹ Cfr. DOLMETTA (2020, 7), según el cual la adopción de esta solución es necesaria para dar credibilidad al instrumento de la renegociación. Esta es una afirmación que comparto. El problema se refiere a la identificación de los parámetros sobre los cuales el juez modifica el contenido del contrato. Véase también las observaciones de FRANZONI (2021, 18 y sigs.). Acerca de la aplicabilidad del recurso previsto en el artículo 2932 del Código civil en caso de violación por una de las partes contratantes de la obligación de renegociar, v. MACARIO (1996, 426), SACCO (2004, 725), ROPPO (2011, 973). Se muestran escépticos sobre la posibilidad de cumplimiento específico de la obligación renegociar el contrato GENTILI, (2003, 714), DEL PRATO (2016, 808), CARNEVALI (2021, 147 y sigs.), SICCHIERO (2003, 1214) y v. también (2020, 2438). El Autor retomó el tema después del estallido de la pandemia e identificó la base para la intervención correctiva del juez en el artículo 1374 del Código civil italiano, según el cual «*el contrato obliga a las partes no solo a lo que en él se expresa, sino también a todas las consecuencias que de él se derivan según la ley o, en su defecto, según la costumbre y la equidad*». Esta solución ha sido aceptada por Trib. Treviso, 21 de diciembre de 2021, en *Giur. it.*, (2021, 589 y sigs.).

⁷² También la Asociación de civilistas italianos ha manifestado su perplejidad al respecto. Véase el documento «Una riflessione ed una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia», *cit.* La afirmación de FRANZONI (2021, 19) que la intervención correctiva del juez es permisible si las partes han establecido en el contrato los criterios en base a los cuales ha de efectuarse la renegociación es ciertamente defendible, ya que se superan los problemas indicados en el texto.

⁷³ *Vid.* MAGGIOLO (2021, 918-919).

⁷⁴ RABITTI (2020) según la cual tales organismos podrían ser modelados teniéndose en cuenta las experiencias del arbitraje bancario y financiero, finanziario, el arbitraje Consob y de organismos especiales como el Fondo Indennizzo Risparmiatori. La idea es compartida, en parte, por DOLMETTA (2020, 10).

⁷⁵ *Vid.* Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles disponible en <https://www.boe.es>.

⁷⁶ *Vid.* por ejemplo DOLMETTA (2020, 4), quien ha afirmado que la fórmula de la renegociación no tiene ningún valor mágico y no puede dejarse a la libre determinación de las partes su activación y contenido.

⁷⁷ Sobre las cláusulas de renegociación y fuerza mayor en la doctrina italiana, *vid.* DAIDONE (2017, 1445 y sigs.) y VENTURELLI (2017, 1003 y sigs.).

⁷⁸ Sobre este tema, *vid.* CAMPIONE (2021, 75 y sigs.).

(Trabajo recibido el 13 de octubre de 2021 y aceptado para su publicación el 13 de enero de 2022)